

TEMA:

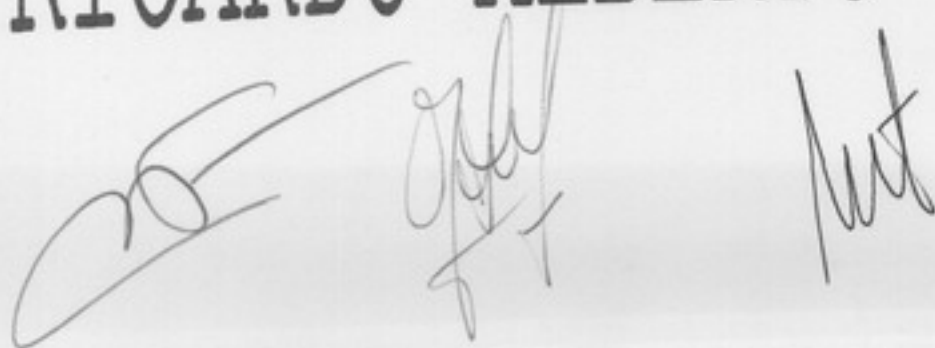
DERECHOS

DE

REPRODUCCION HUMANA

AUTOR:

RICARDO ALBERTO GRISETTI



DERECHOS DE REPRODUCCION HUMANA

1.-INTRODUCCION

Intentaremos efectuar el abordaje del hombre y el ejercicio de sus derechos reproductivos desde antes de su nacimiento -incluso cuando aún ni siquiera es un proyecto y sus progenitores se plantean el derecho de concebir y no concebir, hasta después del instante final de la muerte, en el que se desenvuelve el derecho al recuerdo, familiar y social. En el medio analizaremos el derecho a nacer y su relación con el derecho al aborto, el derecho a la muerte digna y el derecho a la identificación de sepultura. Utilizamos la expresión derecho a la vida, porque consideramos que no obstante que ésta puede ser catalogada como un bien, ello no excluye que se pueda afirmar que también es un valor, y un derecho. No desconocemos la diferencia entre valor, bien y derecho. Quizás, técnicamente hablando no se pueda realizar tal afirmación. Pero desde la perspectiva de conflicto de valores, que subyace en toda la temática a abordar, nos parece más descriptivo. También lo hacemos desde la importancia de lo simbólico y de asumir el derecho como lenguaje. De todos modos no queremos polemizar con nadie, en una cuestión que excede los márgenes de éste trabajo.

1.1. CONCEPTO

Cuando se alude a los derechos reproductivos nos ubicamos en el ámbito de la sexualidad humana y su capacidad reproductiva, como actitud reivindicativa de la mujer, poniendo énfasis en el derecho de ésta a asumir responsabilidades por las consecuencias de su propia sexualidad. Desde una perspectiva superadora, de ésta antinomia entre los sexos, se incorpora el concepto de género en tanto resulta clave para estudiar problemas de salud reproductiva realizando un abordaje que tome en cuenta los derechos y responsabilidades de varones y mujeres. Enfoque de género, en tanto es una categoría analítica que trasciende

la definición biológica de sexo para referirse a las formas en que se construye socialmente la feminidad y la masculinidad, el análisis de género implica estudiar la organización social de las relaciones entre los sexos (1)

Sin dejar de reconocer lo acertado de ésta perspectiva, cabe conceptualizar al derecho de reproducción humana, como uno de los derechos fundamentales del hombre, expresión de los derechos personalísimos, haz de facultades o potestades, que tienen que ver con la salud reproductiva y sus consecuencias, que se vinculan a distintos momentos de la vida del hombre, quizás los más trascendentes, tales como su concepción, nacimiento, desarrollo, muerte; que involucren la toma de decisiones trascendentes, respecto de las opciones que emergen del ámbito de libertad en el que se desarrollan y que el discurso jurídico debe unificar con el aporte de las demás disciplinas, sin que pueda prescindir para ello, de su necesaria contextualización en un mundo globalizado.

Se intenta abarcar con ella un amplio espectro de facetas de los derechos reproductivos. La posibilidad de concebir o no concebir, como derecho subjetivo y sus límites. Nos adentramos al polémico debate del derecho a nacer y su relación con el aborto. Reflexionamos en torno a la existencia, el contenido y los límites de un derecho a morir con dignidad. Incursionamos en aspectos tales como la salud reproductiva, la planificación familiar, los métodos anticonceptivos. Los dilemas en que se encuentran los médicos en el ejercicio de su arte, los jueces ante las peticiones vinculadas a decisiones de vida y de muerte que se les efectúan.

La libertad a que aludimos es la "relativa", la que se presenta en el caso de actuación concreta de la persona, con todo su proceso de culturización, su estado de necesidad, etc. Retaceada, condicionada, donde puede hablarse que hay hombres que son más libres que otros, pero, libertad, al fin. Con ese alcance, puede sostenerse, que el hombre es un ser libre

y se ve constreñido a elegir, lo que supone valorar y por ello se plantea el sentido de su propia existencia. Por eso Frankl pudo hablar de un vacío existencial y la forma de superarlo mediante la voluntad de sentido. Como señala Stämmeler (2) "el hombre ha aprehendido a concebirse a sí mismo como un ser capaz de tener su propio juicio y de decidir por sí mismo sus actos y sólo está dispuesto a aceptar como regla obligatoria de conducta aquella que pueda considerar como justa por lo menos en sus líneas básicas". En esa posibilidad de elección insita en todo hombre, se encuentra la característica distintiva de su condición de tal. En el quehacer de todos los días, siempre dinámico, que plantea miles de opciones y constriñe a tomar micro y macro decisiones, opciones éstas, que se abren como un abanico en todos los aspectos y ámbitos de la actividad del hombre y que van conformando al andar su proyecto de vida. Y cuando hacemos referencia a la toma de decisiones, respecto de las opciones que se presentan dentro del ámbito de libertad en que se desarrollan, nos introducimos al campo de la bioética, con todo lo que ello implica.

1.2.-LA CONTEXTUALIZACION DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Debe abordarse el análisis de los derechos humanos dentro de un estudio abarcativo de los diversos aspectos en que se compone la realidad y nutrirse desde la perspectiva de las distintas ramas del saber humano. Los derechos humanos reproductivos son ejercidos dentro de un contexto social, que se nutre de distintos elementos vinculados a la psicología, sociología, a la economía, etc, y que dentro de ese marco, existen en los hechos personas que son más personas que otras y que tienen más derechos que otras. No cabe prescindir del contexto socio-económico del derecho, de los incluidos y excluidos del derecho, de su influencia en la libertad del hombre.

Esta puntualización -que no pretende ser exhaustiva ni menos cerrada- nos lleva a afirmar que cuando hablamos de los derechos humanos reproductivos, su reconocimiento,

su ejercicio, su promoción, no podemos concentrarnos exclusivamente en el dato jurídico, y que resulta insoslayable encuadrar el fenómeno desde el aporte de las distintas ramas del conocimiento. Es que, como afirma Ghersi (3) "El discurso formal y abstracto del constructivismo jurídico posmoderno, oculta las prácticas sociales -como dirían los alemanes- de control, vigilancia y dominio del sujeto, y precisamente es nuestra intención correr el velo, para mostrar que la enseñanza del derecho y el derecho mismo debe partir y debatirse desde un conocimiento contextual, donde la historia, ideología, sociología, economía, el discurso, la lingüística, etc- permitan reelaborar una teoría del sujeto y del derecho como núcleos centrales en la búsqueda de la justicia y de la historia de las ideas".

1.3.- LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

El enfoque de los derechos humanos reproductivos, desde el aporte de la filosofía del derecho sirve fundamentalmente para recurrir a los "principios generales del derecho" para buscar en ellos como argumentar en favor de su existencia y de su vigencia, superando la norma jurídica positiva, producto de quienes detentan el poder. También permite profundizar el estudio de su contenido -que normalmente será el freno del avance estatal sobre éstos-, incursionando en la reflexión esclarecedora sobre los "derechos subjetivos", los "valores", el concepto de "persona".

Señala Laclau "Se impone, por consiguiente, efectuar un reexamen de la materia, dentro del cual la perspectiva filosófica resultará ineludible, toda vez que la doctrina de los derechos humanos habrá de asentarse sobre una investigación que lleve a preguntarse, no sólo por la esencia del derecho, sino también por la del hombre" (4)

El derecho no se agota en la norma jurídica, tampoco es pura facultad, no sólo es conducta humana en interferencia intersubjetiva. El derecho, es todo eso, pero

fundamentalmente es valor. La función del derecho es alcanzar el valor justicia especialmente la distributiva. (5)

1.4.- QUID DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Hernandez, expresa que siempre que hablamos de derecho subjetivo encontramos conductas de otras personas, en cuanto el derecho subjetivo se nos presenta en relación a alguien: no parece que exista un derecho subjetivo mio con respecto a mí mismo, ni con respecto (solamente) a las cosas. Las conductas de los otros pueden ser conductas positivas o activas (vg. el pago de una suma de dinero) o de mera omisión (abstenerse de alguna conducta). Y esas conductas de los otros serán jurídicamente debidas. Si no hay otro jurídicamente obligado, no podemos decir "tengo derecho". (6)

Nino (7) señala que ante los conflictos de derechos la mera enunciación de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona (y eventualmente el principio hedonista) no resuelve, los problemas más importantes que se presentan en la implementación de los derechos individuales básicos. Por otro lado, se pregunta (8) si admitido que los derechos humanos derivan de principios morales, o más precisamente, de un sistema de principios morales, acerca del tipo de situación normativa que tiene que darse para que surjan tales derechos.

1.5.- DERECHOS REPRODUCTIVOS Y BIOETICA.

La toma de decisiones en todos los temas vinculados con la bioética, nos traslada inmediatamente a la vinculación entre derecho y moral. Como bien señala Ernesto Garzón Valdez, difícilmente se encontrara algún filósofo del derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones. En tal sentido, no resulta exagerado afirmar con Francisco Laporta que "el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del

derecho está".(9) Esta vinculación entre derecho y moral es un dato de suma importancia y a tener en cuenta en el ejercicio de los derechos reproductivos, si advertimos que éste se desarrolla dentro de esa tensión entre el Estado y la persona, lo público y lo privado.

El oncólogo americano, el Dr.Potter, obligado a enfrentar la creciente deshumanización en el trato con pacientes en estado terminal de cáncer, comienza reflexionar sobre el efecto del impulso extraordinario del desarrollo científico-técnico, que había invadido el campo de las ciencias médicas en el paciente, quien había sido visto como objeto y no sujeto del tratamiento médico. Así, elabora su teoría acerca de una nueva disciplina, la bioética, para estudiar justamente los problemas morales surgidos al calor del desarrollo científico y que abarca no sólo al hombre sano o enfermo, sino a todos los seres vivos que tienen relación con la mejor calidad de vida del hombre.

Particularmente, la asumimos como la reflexión principalmente filosófica, con el aporte de otras disciplinas, en torno a los dilemas que plantean las distintas opciones que el ámbito de libertad permite al hombre y las herramientas que pueden extraerse de esta tarea reflexiva.

1.6.- LOS LIMITES DE LA INVESTIGACION CIENTIFICA. LA GLOBALIZACION Y EL IMPERIALISMO ETICO

El dogma del progreso indefinido, según el cual los avances de la ciencia iban a llevar a la felicidad de todos, se encuentra superado. Ello, por supuesto, ha llevado a poner límites a la investigación científica. No todo lo que puede hacerse conduce a un mayor bienestar. No todo lo posible resulta ético, ni por ende eleva al ser humano. La fe en el progreso ilimitado ha dejado paso, en cualquier caso, a una posición más crítica en la que se ven dificultades y se vislumbran límites y a una actitud discrepante acerca de la naturaleza de la repercusión social del progreso científico. (10)

El tema de los límites coloca en el tapete el interrogante de quien los pone y cuales son las pautas para ello. Puede haber una autorregulación de la comunidad científica o venirle impuesta desde afuera. A su vez, puede haber un control interno y externo de los países. Desde el primero, la ley, la justicia. Desde el segundo, cabe ponderar que, existen dos patrones éticos, uno para los países pobres y otro para los países ricos.

Ninguna duda cabe que los patrones éticos dependen de los países que hacen las investigaciones. Por ello, cabe promover la efectiva aplicación de los códigos de ética en investigación, como el Código de Nuremberg y la Declaración de Helsinki, que contienen, la primera, las pautas mínimas para las investigaciones no terapéuticas y la segunda, para las terapéuticas. (11) (12) (13) (14)

La globalización económica y la asimetría económica intentan implantar un concepto ético global que parte de los intereses de los grandes grupos económicos y de los países desarrollados. Se ha dicho que nos encontramos ante un imperialismo ético. Existe una correlación entre la concentración económica -que van produciendo día a día las corporaciones- y la intención de plasmar una "ética universal", que se encuentra al servicio de la "Corporación".

Garrafa y Machado do Prado (15) afirman que, en el caso que no sean tomadas firmes decisiones políticas por parte de los gobiernos de las Naciones del Hemisferio sur del mundo -los llamados países periféricos- el fundamentalismo económico consecuente del fenómeno de la globalización desordenada y unilateral empujará a la población pobre, cada vez más, rumbo a la discriminación y a la exclusión social. Al mismo tiempo reflexionan que, el ejercicio del fundamentalismo económico por parte de los países ricos acaba proporcionando un inevitable imperialismo ético, tema que, para los autores, está en la raíz

de los intentos de alteración de la esencia democrática y ecuaníme de la Declaración de Helsinki, con relación a las investigaciones científicas con sujetos humanos.

Piénsese, si un producto cultural de la globalización, como son las bases de datos personales, no pueden ser utilizados para ejercer mayor control social sobre un individuo o sobre grupos de individuos. Adviértase que, si al influjo de la globalización, el mundo se va quedando sin referentes éticos, sin patrones de conducta, éstos son generados, "creados" de forma tal que puedan ser útiles a los intereses de las corporaciones. "Esa combinación entre el consumidor...y el mundo transformado en todas sus dimensiones -económicas, políticas, personales- según el patrón del mercado de consumo y, como éste, dispuesto a cambiar sus atracciones con rapidez siempre creciente, es la que elimina todos los carteles indicadores. Sean éstos de acero, hormigón o hechos de pura autoridad, los puntos de referencia desaparecen de los mapas individuales del mundo y de los itinerarios personales de vida..."(16)

El científico Mario Crocco, Director del Instituto de Investigaciones Neurobiológicas del Hospital Borda, aseguró que más allá de las objeciones éticas y biológicas, la clonación de un bebé recientemente anunciada por la secta de los raelianos implica el riesgo de imponer a escala mundial una concepción antropológica errónea pero funcional a los intereses de la globalización. (Pregón, Jujuy, 2/01/03)

Castoriadis planteándose el tema de los límites a la ciencia se pregunta ¿Qué criterios, qué prioridades, fijados por quién y a partir de qué? En el fondo, no sólo es imposible en asuntos como éstos, establecer criterios indiscutibles, sino que, incluso si se dispusiera de ellos, su aplicación por poco incoherente que fuera (no decimos ya rigurosa) provocaría problemas enormes. Ya que esa aplicación se haría siempre, en una situación altamente incierta y absolutamente cambiante (17)

1.7.- LO PARADOJICO

Nos parece que en todos los temas vinculados a los derechos reproductivos, hay que ser sumamente prudentes para no incurrir en, precisamente, lo que se critica, hay que desbrozar la paja del trigo. Nos explicamos, vg. si se piensa que so pretexto de cuestión de Estado no se puede obligar a la gente a que tenga o no hijos, cabe plantearse que pasa en China. Por un lado, si se advierte que tiene superpoblación cabe plantearse la regulación de los nacimientos, por su propia supervivencia. Por el otro lado, vemos que si bien Clinton entendió que la oposición a la política China de la esterilización involuntaria no constituye un tipo de opinión política que dé derecho a asilo, el juez de Virginia Tomás Ellis III declaró que "La opinión política incluye las convicciones que una persona tenga respecto a la procreación" ya que el derecho a procrear hijos es un derecho humano básico. Habrá que valorar con profundo conocimiento de las variables involucradas a fin de tomar una determinación. Se quiere dejar en claro, que no se trata de relativismo ético, sino de adecuar la resolución de los problemas a las circunstancias de tiempo y espacio, que es precisamente lo que la globalización tiende a hacer desaparecer.(18)

Otro ejemplo: No se puede servir a los intereses de una moral laica, por el sólo hecho de que algunas de las conclusiones de la Iglesia no convenzan -se alude fundamentalmente a la posición por un lado, de negar el aborto y por el otro lado no permitir tampoco la contracepción- aunque dentro de su lógica no deja ser atendible y entendible. Tampoco se puede echar por la borda todo su aporte. Esto se advierte palmariamente con el tema del "manifiesto laico". (19)

La vieja discusión -ahora superada- entre la vinculación de la fertilidad y el desarrollo. Se discutió largamente en las primeras Conferencias sobre Población y Desarrollo celebradas en Bucarest (1974) y México (1984) cual era la relación entre

fertilidad y desarrollo. En la primera, por un lado, los países pobres afirmaban que la alta fertilidad no era la causa del subdesarrollo; por el otro, los países ricos sostenían que los niveles de fertilidad en los países más pobres debían reducirse, reeditando de algún modo la vieja discusión malthusiana y sus opositores. En la segunda, se invierten los papeles y los mismos actores sostienen posiciones contrarias a la primera: los países pobres se convencieron de que debían bajar la natalidad y los ricos, desvincularon la cuestión de la natalidad y el desarrollo. (20)

Castoriadis (21), se plantea la incongruencia e hipocresía que consiste en invertir sumas siderales en las técnicas de fertilización asistida cuando existe gente que se muere de hambre.

Sagan (22) señala la postura contraria de los dictadores respecto del Aborto. De ella colige -acertadamente- que estar en contra del aborto no tiene porque ser muestra de un compromiso profundo con la vida humana. Lo que ocurre es que la realidad y el derecho que se nutre de esa realidad, es un fenómeno complejo y contradictorio, que no se le presenta al intérprete como algo fácil de aprehender.

Desdeñamos enfáticamente, el relativismo ético, pero amén de la existencia de principios universales que rigen las conductas de todos los habitantes de un país, existen principios particulares, que hacen a su propia idiosincrasia cultural, social, etc. Dentro del ámbito latino, quizás, es más fuerte el rechazo al aborto que en las sociedades anglosajonas.

Como bien lo señala Salles (23) "No es necesario caer en un relativismo para aceptar que las prácticas morales varían de sociedad en sociedad, según la historia, las creencias y las costumbres de cada una. Para muchos pensadores lo importante es que aún cuando las prácticas morales son diferentes, hay una moralidad básica que no cambia porque está directamente relacionada con la naturaleza del ser humano". Uno de nuestros

grandes dilemas en estas cuestiones consiste en que, por querer afirmar, desarrollar y exaltar el, digamos, "personalismo", en la toma de decisiones vinculadas a los derechos reproductivos, se caiga en el "hiperindividualismo", donde cada uno pueda hacer lo que quiera, cuando quiera, donde quiera, y con quien quiera. Creemos, que precisamente, nuestra decidida posición que deben existir límites, obedece a éste dilema. No queremos caer en una de las tantas consecuencias indeseadas de la globalización, la falta de solidaridad que, implica precisamente el reconocimiento de hacer lo que se quiera, sin importar las consecuencias de ese obrar. Caer en el hiperindividualismo, el no atarse a reglas, tiene como efecto que el Estado pierda su función de ordenador -en el buen sentido del término- de la conducta humana en sociedad necesaria para la convivencia armónica entre los individuos. (24)

1.8.- LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS. LA OPERATIVIDAD DE LOS TRATADOS

Según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. A su vez, explicita que los tratados -que enumeran- tienen jerarquía constitucional. (25)

Sostener que las normas de un tratado de derechos humanos, son operativas, es importante, porque de esa respuesta dependerá en muchos casos el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales del hombre. Los constituyentes de 1994 entendieron que los tratados de derechos humanos son operativos y sus normas se presumen operativas, salvo aquellas que por su redacción son programáticas. (26)

Podemos hablar, fundamentar, enumerar, todos los derechos contenidos en los tratados, pero de nada sirve si no los podemos hacer efectivos. Entendemos que vía amparo la justicia debe dar respuesta a las demandas vinculadas a la vigencia de los derechos

humanos. En esa línea de pensamiento Gil Dominguez (27) entiende que el artículo 2.1 del PDECSYC (28) aporta una novedad revolucionaria para el orden socioeconómico constitucional. Lamentablemente no se inscribe en esa perspectiva, el fallo de la Corte Suprema anotado por Albanese en el que desestima por mayoría -con la plausible disidencia de Fayt y Boggiano- y sin sustanciación un amparo de una mujer -por sí y sus hijos- tendiente a que se le permita el acceso a una alimentación sana, a la salud y a una vivienda digna. Argumenta que la Constitución no le encomendó al Alto Tribunal la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32 resignando de tal modo su función constitucional.(29) Aunque cabe mencionar -elogiosamente- que en otra causa se expidió sobre la operatividad de la Convención de los Derechos del Niño obligando al Estado Nacional a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieren los niños con impedimentos físicos o mentales.(30)

Resulta imperioso entender que la lista de derechos humanos reconocidos por la Comunidad Internacional, serán una mera abstracción en la medida que no se asuma que generan obligaciones concretas a los Estados firmantes -en sus tres poderes- derivando en éstos una responsabilidad internacional -que debe ser demandable y fundamentalmente ejecutable ante los órganos internacionales- por su incumplimiento. Por supuesto, que esto pone sobre el debate los límites de la función judicial y la división de poderes. Si la división de poderes ampara la libertad o la dignidad de las personas. En definitiva, si no cambia la realidad, los jueces seguirán emitiendo fallos como éste. Hay que admitir que la cuestión presenta sus aristas. (31)

DERECHO A CONCEBIR Y NO CONCEBIR

2.- INTRODUCCION

La primera cuestión a determinar es si existe un derecho personalísimo, un derecho subjetivo a concebir y no concebir. Podemos hablar de una faz positiva y una faz negativa de éste derecho. La primera se manifiesta fundamentalmente en lo atinente a la procreación asistida. En la segunda faz nos encontramos ante la utilización de los métodos anticonceptivos, y la planificación familiar, que puede abordarse desde lo individual y desde lo estatal.

2.1.- CONCEPCION NATURAL Y ARTIFICIAL. LA POLEMICA

Todos nos ponemos de acuerdo en que existe tal derecho cuando nos encontramos dentro del ámbito de la procreación natural. Ya cuando pasamos al ámbito de la procreación asistida las aguas se dividen. Máxime cuando entramos en aguas procesolas y nos preguntamos si pueden hacerlo las lesbianas, y otras formas nuevas de relación "familiar" y sexual. Lo sintomático de ésta cuestión aparece ya desde su origen, si tenemos en cuenta, por un lado, que las técnicas reproductivas tienen su nacimiento a partir de la investigación de cómo aumentar la producción de alimentos para una producción mundial, considerada -depende del punto de vista- superabundante. Por otro lado, y a partir de esas investigaciones se utilizan esas técnicas precisamente para resolver el problema de la infertilidad.

2.2.- POSICIONES DOCTRINARIAS.

La pregunta de si existe un derecho subjetivo a concebir y no concebir recibe tres respuestas. La primera -que llamamos negativa- que niega la existencia de un derecho subjetivo, y que argumenta que la fecundación es un hecho de la naturaleza y, por tanto,

excluido de la libertad del hombre; que no existe un derecho al niño; que el niño no puede ser considerado un medio para obtener un fin, por más importante que éste sea; que entre los derechos-deberes del matrimonio no existe el de la procreación y si el del cumplimiento del débito conyugal; el hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o no procrear en forma natural, pero esta libertad no debe ser confundida con un derecho. Otra -que denominamos amplia- que acepta la existencia de un derecho subjetivo, de un derecho personalísimo a la procreación y a la no procreación. Sostiene que el derecho a la procreación es el correlato de la libertad de no procrear y en definitiva, consiste en la libertad de concebir, cuando quiero, como quiero y con quien quiero. La tercera -que llamamos intermedia- que reconoce la existencia de un derecho subjetivo pero con ciertos límites. Las opiniones presentan matices, que a veces cuesta trabajo deslindar. Por ello, la clasificación que proponemos debe asumirse como meramente orientativa para poder exponer con algún orden el criterio autoral.

POSICION NEGATIVA: está representada por los autores que se detallan a continuación: Rivera (32) quien señala que cuando la procreación requiere la intervención de terceros ya no implica el ejercicio de una libertad individual, en la esfera íntima de la vida privada y porque además un niño está en juego, también está comprometida la propia responsabilidad del Estado. De ello deduce que no existe un derecho personalísimo a la procreación y Bustamante Alsina (33) quien apunta que el derecho de procrear no equivale al derecho a un hijo. Ello sería un derecho directo sobre las personas que los sistemas jurídicos contemporáneos no toleran; Sambrizzi (34) afirma que fundamentalmente en los países desarrollados se ha llegado a admitir la existencia de una especie de derecho al hijo como un medio de satisfacer una necesidad que de alguna manera se encuentra inducida por el desarrollo de las propias técnicas de procreación asistida o quizás por la necesidad innata

del ser humano de perpetuarse, o hasta inclusive por una especie de atavismo cultural insito en el ser humano, de considerar a la fecundidad como una bendición de los dioses, y como una maldición a la esterilidad; Finnis (35) quien se plantea al enunciar las para él formas básicas del bien humano, incluir en el valor vida, la transmisión de la vida mediante la procreación de los hijos, aunque luego desestima tal inclusión por entenderla implícita en otro derecho.

POSICION AMPLIA: Dentro de ella podemos mencionar a Cifuentes (36) uno de los autores que da mayor amplitud al derecho de concebir y no concebir, afirma que, cerca de la libertad sexual y sus límites, especialmente dentro del matrimonio, se presenta la de procrear; Arson de Glinberg (37) quien señala que, el derecho a la libertad de procreación debe ser reconocido en todos sus aspectos. La esfera de la privacidad no puede ser violada por ninguna norma si no hubiera un interés apremiante demostrable.

POSICION INTERMEDIA: Cabe citar a: Colautti (38) que nos habla de la libertad de procreación que involucra: a) la libertad consciente de procrear, y b) el derecho de rehusar la procreación; Salerno (39) señala, que la fecundación asistida debe ser la última ratio para remediar la esterilidad de una pareja, que quienes realizan éstas prácticas deben estar registrados en forma especial, sometidos a un control serio y efectivo, y contar con una previa autorización judicial; Benitez y Gherzi (40) no descartan la fecundación asistida, como "sustitución intencional y racional" del acto sexual. En pos de procrear -nos dicen- rompemos los cánones usuales y las reglas instaladas en la sociedad, en aras de un valor trascendente "la procreación" como derecho inalienable, nacido del afecto pero ejecutado con la tecnorracionalidad; Medina (41) entiende que el derecho a procrear admite dos límites: a) el derecho del niño y b) el patrimonio genético de la humanidad; Loyarte y Rotonda (42) parten del aporte de Diaz de Guijarro (43) consistente en la necesidad de

discernir los tres elementos que aglutina el tema de la procreación: 1) la voluntad de unión sexual; 2) la voluntad procreacional; 3) la responsabilidad procreacional, analizando como juegan éstos elementos con relación a la procreación natural y a la procreación asistida; Bossert (44) destaca la importancia de la fecundación asistida, que junto a la fisión del átomo y la salida al espacio, constituyen los logros científicos de éste siglo, que deben ser encauzados mediante la prudencia y la ética. Apunta, en tal sentido que la ley debe desempeñar un importante papel en éste cometido.

2.3.- VARIABLE DE GENERO. DE LA DISCRIMINACION Y LA VIOLENCIA EN CONTRA DE LA MUJER

El ejercicio de éste derecho está vinculado estrechamente, con la discriminación y la violencia que se ejerce sobre la mujer, y el rol que ésta cumple en la sociedad. Si bien, por un lado, la mujer se ha insertado en distintos campos de la ciencia, del arte, y de otras ramas de la cultura y del saber, por el otro, tal posicionamiento sólo le ha generado mayores obligaciones, y no ha podido abandonar, ni aún ocupando roles más relevantes en la sociedad -sin que por ello haya alcanzado los espacios que en verdad debiera ocupar- su función de coitanner, que sigue indeleble en la sociedad, y el ejercicio del rol de madre, que se le exige aunque se destaque en distintos quehaceres. Constituye otro de los parámetros para tomar en cuenta esa discriminación la postergación laboral que ha experimentado la mujer a lo largo de la historia. Todo ello, se produce en un mundo donde se sigue discriminando y ejerciendo violencia sobre la mujer. Es que, "está claro que el sistema jurídico desconoce los intereses y necesidades de la mujer, la cual debe tolerar conductas violentas, como elemento natural de los ámbitos donde actúa". (45)

2.4.- EL EJERCICIO DEL PODER Y LA ASIGNACION DE RECURSOS PARA LA ATENCION DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

La relación dominante del hombre sobre la mujer nos lleva a indagar sobre el ejercicio del poder y a concluir que resulta necesario trabajar sobre el reconocimiento pleno del status jurídico de la mujer. Por supuesto, consecuencia de haber alcanzado un nivel igual que el hombre -bien entendida esa igualdad- en el plano político y económico. Por eso, las críticas a v.g. la ley del cupo femenino son infundadas en la medida que no resulta antidiscriminatorio lo que debiera ser igual y no lo es. Indudablemente que a partir de ese posicionamiento en el orden jurídico es más fácil y tangible acceder al reconocimiento pleno de la mujer de sus derechos reproductivos. Actualmente existe un instrumento que es el presupuesto con criterios objetivos de reparto. (46)

2.5.- ACCION PRIVADA EXENTA DE AUTORIDAD ESTATAL

Todo lo atinente a la voluntad procreacional pertenece al ámbito de las decisiones íntimas de la pareja, dentro del ámbito de reserva amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional. Este artículo marca, a nuestro entender los límites de la tensión entre lo que implica la decisión personal de los hombres y la voluntad coactiva del Estado, poniendo límites a ésta, allí donde debe imperar en toda su plenitud el ámbito de libertad íntima del individuo. (47)

Aquí cabe plantearse el tema de la obligatoriedad jurídica de las leyes morales, si entendemos que la ley humana tiene por finalidad establecer la justicia y la paz en la comunidad, sólo cuando una conducta compromete aquellos valores directa o indirectamente tiene la autoridad pública título para intervenir. En tanto ello no ocurra, la corrección moral de la vida de las personas queda reservada a ellas mismas, a sus familias y en términos del art. 19 de la Constitución a Dios. Siguiendo a Medina, la forma como los individuos ejercen su sexualidad y su capacidad reproductiva son actos que no pueden ser materia de ordenación jurídica porque son actos meramente internos que hacen a su vida

privada, en la medida que sean ejecutados libremente y por personas capaces. Por supuesto que ello no debe entenderse como un bill de indemnidad para el comercio sexual, ni que no existan límites para el ejercicio de la sexualidad en tanto eventualmente se puedan vulnerar derechos de terceros. Sin perjuicio de ello, cabe afirmar que la frontera entre lo heterónomo y lo autónomo reside en que la ley representa un mínimo moral. A tal extremo es ello así que en la realidad, las leyes representan el mínimo común denominador moral que una sociedad establece a través del consenso. (48) No en vano se han producido dos controversias -que aportan elementos de análisis- relativas a las relaciones entre derecho y moral. Por un lado, Devlin-Hart y por el otro, Hart-Dworkin. (49)

2.6.- EL DERECHO A CONCEBIR Y NO CONCEBIR COMO DERECHO PERSONALÍSIMO INSCRIPTO EN EL PROYECTO DE VIDA DE LA MUJER

Cabe preguntarse que pasaría en el supuesto que la mujer no quisiera someterse a un método de fecundación artificial o bien, deseara utilizar métodos contraceptivos, en contra de la opinión del marido simplemente, porque quiere priorizar su realización personal. Al respecto, y sin querer incurrir en el relativismo de toda opinión -inevitable por otra parte, habida cuenta las múltiples y diversas circunstancias que deben evaluarse en cada caso concreto- estimamos que, si la decisión es definitiva, la opinión del cónyuge debe ser tomada en cuenta, por que se estaría involucrando un proyecto de vida en común en forma definitiva. De no ser así -tratándose de una mera postergación- deberá priorizarse el interés de la mujer. Todas éstas, son cuestiones para pensar, que cuando hablamos de un derecho subjetivo a concebir y no concebir, están en juego intrincados valores, sueños, ansias, deseos, proyectos, que existe una relación de dos seres, pero que son distintos e independientes y de ahí lo difícil de la problemática, que no se soluciona tampoco aplicando la letra fría de una ley. Deberá evaluarse que si bien, la mujer es, quiere, puede

ser o debe ser madre, también tiene su espacio propio, su espacio vital y que resulta necesario compatibilizar razonablemente ambos ámbitos de actuación.

2.7.- PAUTAS DE REGULACION

TECNICAS DE CONTRACEPCION DEFINITIVA EN INCAPACES Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA: las primeras deben ser reguladas y controladas cuando se practican en incapaces que por ser tales no pueden ejercer libremente su consentimiento. A su vez, las técnicas de reproducción asistida también deben atender el debido respeto a los valores en juego: el derecho de quienes utilizan estas prácticas y el necesario respeto en una sociedad pluralista a quienes piensan que el óvulo fecundado artificialmente es "persona" cuidando de conjugar lo científico con el respeto a esa opinión; el interés del niño, a desenvolverse dentro de una familia monoparental; el respeto a la identidad genética de los seres humanos.

CONCUBINATO: Desde una perspectiva más general, deben hacerse esfuerzos para priorizar a la familia proveniente del matrimonio, si nos atenemos a que el derecho argentino el matrimonio es una institución y como tal es la base sobre la que se asienta el resto del andamiaje institucional de la sociedad. Pero asimismo no se puede cerrar los ojos a la realidad y no sólo se debe tratar de entenderla sino de aprehenderla. Si bien asumimos que resulta innecesario legislar mediante una ley general sobre el concubinato, en la medida que mediante leyes parciales y el accionar de la jurisprudencia se ha ido reconociendo sucesivos derechos a los concubinos y que avanzar en el reconocimiento de los derechos patrimoniales plenos implicaría equipararlo con la familia procedente del matrimonio, entendemos que se debe generar vías de solución y de escape, y fundamentalmente asumir la realidad de que tal instituto existe y que obliga a dar una respuesta a ésta problemática. Por ello y tratándose de un aspecto estrictamente extrapatrimonial como es el derecho de

concebir -y en la medida que entendemos que la protección de la familia matrimonial debe provenir más desde su preeminencia en lo patrimonial sobre las uniones de hecho- no se advierte cual es el problema de que una ley de procreación asistida conceda a los concubinos -una pareja estable- la facultad de utilizar las técnicas de reproducción asistida para concebir.

MUJERES SOLAS: En general la doctrina se halla de acuerdo en la inconveniencia de que una mujer sola pueda ser sujeto de la aplicación de unas de las técnicas de procreación asistida, señalando que la situación de la mujer sola no puede ser equiparada al supuesto de la adopción, ya que en éste caso existe un niño abandonado. Pensamos -haciéndonos eco de éste criterio- que incluirlas como destinatarias en la ley, no resulta conveniente. Pero no descartamos su aplicación en casos puntuales que justifiquen su legitimación para recurrir a éstas prácticas.

PAREJAS DE LESBIANAS, UNIONES HOMOSEXUALES: Nos resulta poco aconsejable incluirlas en la ley que regule la materia, habida cuenta de la percepción actual de la sociedad respecto de éstas prácticas y que se encuentra en juego el derecho del niño por nacer -quien en principio, debe crecer dentro del seno de una familia, con un padre y una madre -respondiendo con ello al paradigma actual de familia argentina-. Si bien en el derecho comparado -como señala Medina- se observa una pequeña apertura legislativa y jurisprudencial que permite a las uniones homosexuales acceder a éstas técnicas, opinamos que, en éste conflicto de derechos, debe prevalecer -por ser un bien más valioso- el derecho del niño. Los arts. 3, 7 y 8 (50) de la Convención de los Derechos del Niño permiten realizar ésta afirmación. El "standard jurídico" -como diría Grossman- que brinda el "interés superior" del niño por nacer debe ser el marco de referencia de la ley.

MATERNIDAD POR SUBROGACION: También debe ser desestimada, para evitar un obrar susceptible de devenir en un ilícito -alquiler de vientres, tráfico de niños, supresión de identidad-. En palabras de Mendez Costa, la dicotomía entre una madre biológica y una gestante desatiende al interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses. Como dice Bustos Pueche, el riesgo de deslizarse hacia la pendiente eugenésica se descubre sin dificultad, por cuanto se podrían escoger mujeres de las características deseadas para su inseminación, la tentación del hijo a la carta, vuelve a otearse en el horizonte. Aunque si se producen situaciones en que la "práctica social" se imponga deben resolverse utilizando el standard jurídico del mejor interés del niño.

FECUNDACION ASISTIDA HOMOLOGA: Se fecundan in vitro los óvulos de la mujer, por el espermatozoide de su pareja y luego los embriones son implantados en el útero de aquella. No encontramos objeciones a su instrumentación en la ley, en caso de matrimonio o concubinato. Sin perjuicio de ello y habida cuenta que se pueden obtener varios embriones, si todos fueran transferidos al útero, la posibilidad de un embarazo múltiple aumenta, de modo que se convierte en un riesgo para la salud de la madre.

FECUNDACION ASISTIDA HETERELOGA: No debe aceptarse en tanto, genera cuestiones relativas a la identidad. En éste supuesto hablamos de un donante de espermatozoide fuera de la pareja, que en la práctica puede ser anónimo. El procedimiento en éste caso conduce a una negación de la paternidad biológica, es decir, a un total desconocimiento del hijo acerca de su filiación. Muchos de los juristas que participaron del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil efectuado en Córdoba expresaron su oposición a éste procedimiento, aprobando una recomendación que propiciaba "no establecer ningún régimen especial que fije las consecuencias legales de la inseminación artificial". Por de

pronto, cualquier cuestión que se suscite en su aplicación deberá ser resuelta teniendo en consideración lo preceptuado por la ley 23264.

CLONACION: Debe rechazarse, en la medida que, a nuestro criterio, no resulta necesaria. No todo lo que puede hacerse es moralmente aceptable. Recordemos que la clonación es la fabricación artificial de un ser sin necesidad de fecundación, obtenida implantando en el óvulo una célula viva provista por el código genético DNA del ser clonado. Esta célula implantada en el óvulo comienza a multiplicar dando lugar a un embrión, el óvulo procrea prescindiendo de los espermatozoides. La OMS (Organización Mundial de la Salud) declaró la clonación humana éticamente inaceptable, aunque añade que "no debe llevar a una prohibición indiscriminada de todas las formas de clonación y de investigación". Entonces, con fines reproductivos la prohibición debe ser absoluta. Mediante el decreto 200 (B.O. 12/3/97) el Poder Ejecutivo Nacional prohibió todo experimento de clonación relacionado con seres humanos. Aunque no cabe prescindir de la opinión de investigadores como Bentolila (51) quien plantea la necesidad de una intervención legislativa, con el fin de permitir la reproducción humana por técnicas que involucren a la clonación e impidiendo manipulaciones que degeneren en una mediatización del ser humano y concluye demostrando confianza en la clonación, recordando que el derecho debe ir al compás de los avances científicos, encauzándolo en base a los principios éticos.

2.8.- EL ABORDAJE DESDE LA PLANIFICACIÓN FAMILIAR.

El problema de la anticoncepción es tan antiguo como el hombre. Tan antiguas como éste son las relaciones sexuales. Onan en el Antiguo Testamento, volcaba su semen en la tierra para no procrear con la mujer de su hermano. Hipócrates preconizaba el uso de cuerpos extraños intrauterinos, antecesor más antiguo conocido de los actuales DIU.

El artículo 18 de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos convocada por la ONU, en Teherán en el año 1968 expresa: "Los padres tienen el derecho humano básico de determinar libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento entre las gestaciones y el derecho a una adecuada educación e información al respecto", cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas había aprobado durante 1966 una resolución donde se consignaba que: "El tamaño de la familia deberá ser resultado de la libre elección de cada individuo". Según la opinión de algunos autores, la real intención de la Declaración de Teherán era presionar a los países no desarrollados, con acceso limitado a los anticonceptivos y no un esfuerzo serio para defender los derechos individuales de mujeres y varones contra un control poblacional coercitivo. Hay que distinguir si la planificación es coercitiva o no. En el primer caso, no coincide con el derecho individual de concebir o no concebir. En el segundo sí. Como señala Cechetto (52) "Cualquier programa y política sanitarios orientados a la reducción voluntaria de la alta fertilidad, responde en justicia a principios bioéticos beneficentistas y no maleficentes".

2.9.- LA NUEVA LEY DE PROCREACION RESPONSABLE

Por eso, es dable saludar con beneplácito la nueva ley de Procreación Responsable haciendo votos para que sea efectivamente aplicable desde la perspectiva de la asignación de recursos suficientes para ello y desde la amplitud de criterio de los jueces. Es sabido que, el tercero de los principios claves en la bioética es el de la llamada justicia distributiva, que se refiere necesariamente a una dimensión económica de la asignación de recursos de salud.

(53)

No es nuestro objetivo hacer una apología del sexo libre, ni del hedonismo, sino enmarcar razonablemente el derecho a la sexualidad que sin lugar dudas es un derecho fundamental del ser humano, dentro de ciertos límites. Hay que reafirmar la conciencia en

el mundo que existe el derecho de mantener relaciones sexuales no ligado al derecho a concebir, como derecho humano fundamental. La nueva procreantia está haciendo comprender a los cristianos, por ejemplo, que la sexualidad humana trasciende el hecho de la reproducción, la conservación de la especie y la creación de una familia, y que se vive como una fuerza hecha de ternura, de satisfacción, de fantasía y de vivencia compartida, alcanzando todos los rincones de la existencia. (54)

2.10.- LA PECULIARIDAD DEL DERECHO A CONCEBIR Y NO CONCEBIR EN LA REPUBLICA ARGENTINA

a) Faz Normativa: Cabe mencionar la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación en contra la mujer" y la "Convención sobre los derechos del Niño", de jerarquía constitucional, que contemplan normas vinculadas con la planificación familiar. La primera, coloca a la mujer en un pie de igualdad con el hombre en la toma de decisiones de cuando tener un hijo e impone a los Estados partes la obligación de tomar las medidas tendientes a lograr éste objetivo, apuntando a la faz preventiva, con información y educación sexual, proveyendo los servicios médicos adecuados a tal fin. Párrafo aparte merece la consideración en particular de las mujeres de las zonas rurales, quienes constituyen la categoría de mayor marginación dentro de la exclusión en general, que padecen las mujeres, y entre ellas las mujeres pobres. La segunda, también regula los derechos a la mujer respecto de la planificación familiar, aunque desde la perspectiva de la protección de los derechos del niño. Esto es, defiende al niño a través de la defensa de su núcleo básico, la familia. (55) (56)

b) Faz sociológica: A veces resulta hasta reiterativo, pero no por ello, hay que dejar que enfatizar, que la vigencia de los derechos reproductivos -en éste caso del derecho a concebir y no concebir- está íntimamente vinculada a la situación económica y la exclusión

que ésta produce. Todo está ligado, la marginalidad genera que no pueda acceder a la educación, ni a la salud. Entonces, lo que hay que afirmar, es que el Estado debe hacerse cargo, y no puede abdicar de sus funciones básicas, tan vinculadas con éstos derechos reproductivos. En ese contexto, cabe preguntarse cuantas personas pueden acceder económicamente a los métodos de procreación asistida, cuántas a los métodos de contracepción. Por lo que, de persistir esas condiciones, éste derecho no pasa de ser una entelequia.

En la Argentina se ha producido una autorregulación de la población, que presenta características inéditas en el mundo. Torrado (57) destaca ésta circunstancia apuntando que la sociedad argentina ha realizado una transición del comportamiento reproductivo que es quizás una de las más interesantes que se conocen: a) por la precocidad y rapidez del proceso, b) por la cambiante naturaleza de los actores sociales que protagonizaron el proceso, c) por los recursos utilizados para llevar a cabo el proceso y d) porque la sociedad argentina debe ser la única que logró modernizar su comportamiento reproductivo "en contra de".

Resulta particularmente interesante, traer a colación el comportamiento reproductivo de la población criolla e indígena (58) porque no hace sino reafirmar la importancia de las representaciones culturales de cada pueblo como soporte del rechazo o la aceptación de prácticas anticonceptivas foráneas.

2.1.- EL DERECHO A NACER Y LA DISCUSION SOBRE EL ABORTO

Sigamos no queriendo colocarse en las posturas extremas del pro-vida y del pro-vida, y en la necesidad de determinar algún criterio que permita fundamentar esa posición.

DERECHO A NACER

3.- INTRODUCCION

Antes de ahondar en ésta cuestión resulta necesario efectuar la siguiente disgresión.

Existe una íntima vinculación entre el derecho a nacer y el derecho a abortar, la extensión que se le reconozca al primero, estará dada por el alcance que se le reconozca al segundo.

Habida cuenta de ello, es inevitable que se entrecrucen ambos derechos y también los elementos de análisis que se manejen. Una de las cuestiones elementales que se plantean respecto del derecho a nacer está dada por la determinación de la naturaleza del feto o embrión. Por supuesto, que ésta cuestión excede lo meramente biológico y debe abordarse - como ya lo destacaramos- desde lo filosófico. A partir de encontrarle una respuesta a ese interrogante crucial, se puede responder positiva o negativamente al interrogante de si merece o no protección desde el punto de vista jurídico. Es más, creemos que éste primer interrogante nos da la primera respuesta, pero no toda. Ello por cuanto, incluso si aceptáramos o partieramos de la premisa de que el feto es persona, entendemos que se da en algunos supuestos un conflicto de derechos, en el que podrá prevalecer ora el derecho a nacer del feto, ora el derecho el derecho de la madre -como se verá al analizar la existencia o no de un derecho a abortar-. En otros términos, el principio general es: existe un derecho a nacer. De ello no cabe duda. Ese principio general, tiene excepciones, que -a nuestro criterio- deben interpretarse restrictivamente.

3.1.- EL DERECHO A NACER Y LA DISCUSION SOBRE EL ABORTO

Sagan no queriendo colocarse en las posturas extremas del pro-choise y del pro-life, y en la necesidad de determinar algún criterio que permita fundamentar esa posición

intermedia, opta por afirmar que existe vida humana y por ende digna de respeto a partir de que existe en el feto actividad cerebral, esto es hacia el comienzo del tercer trimestre. (59)

Valdes se plantea sucesivamente los siguientes interrogantes: si el feto es persona, si tiene un valor moral intrínseco que nos imponga la exigencia de proteger su vida y si tiene derechos que estén por encima del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y sobre su vida personal. En el marco de la primera pregunta llega a la noción de persona verdaderamente relevante para el debate acerca de la moralidad del aborto, esto es, a la noción metafísica de persona. En ese cometido adhiere a la tesis de Peter Strawson que afirma que son personas aquellos seres a los que se le puede atribuir predicados psicológicos. Lo que si bien para Valdez es un avance, no significa la solución. Por ello indaga la teoría de Ronald Dworkin, quien ha propuesto un principio general que el llama el "principio de la santidad de la vida humana". Conforme a éste, son sagrados tanto el aspecto biológico como el personal de una vida humana; cualquier vida individual de un organismo humano, por incipiente que sea, es digna de respeto y protección en virtud de la inversión creativa que supone, y su destrucción se hace más lamentable en la medida en que dicha inversión sea mayor. Valdes considera que aún cuando ésta es una manera novedosa de explicar el actual debate sobre el aborto, no se ha ofrecido una respuesta a su pregunta inicial, esto es, si el aborto intencional es o no moralmente aceptable. La propuesta de Dworkin permite explicar por qué se tienen distintas opiniones sobre la moralidad del aborto, pero no alcanza a responder cuál de esas opiniones es la correcta. Para ello, se tienen que investigar y evaluar las razones por las que se prefiere una interpretación del principio de la santidad de la vida frente a otras posibles interpretaciones. Valdes, advierte que estas posturas -irreconciliables- devienen de la aceptación del punto de vista de que el feto es persona desde la concepción, considerando que usan el término "persona" de manera

especie biológica homo sapiens- y "persona" -como miembro completo de la comunidad humana-. En ese cometido investiga -con profundidad- las opiniones de distintos autores en torno a las características que debe reunir un ente para ser "persona" y a partir de ese análisis indagar si el feto es o no persona, arribando a la conclusión que el feto adquiere la calidad de persona en determinada etapa de su desarrollo -referida a su evolución cerebral- al adquirir ciertas propiedades -la sensibilidad, la conciencia, o la posibilidad de conocer- "moralmente relevantes", características que puede mostrarse que no aparecen durante los dos primeros trimestres del embarazo y con seguridad durante el primer trimestre. (62)

Salles analiza tres posturas frente al status moral del feto y el aborto. Para la posición conservadora frente al aborto el momento de concepción marca la diferencia entre lo humano y lo no-humano, en sentido no sólo biológico sino también moral. La posición liberal presenta dos estrategias importantes con respecto al status moral del feto y lo que dicho status implica. La primera, es negar directamente que el feto tenga status moral y consecuentemente derechos. La segunda, señala que lo importante no es el status moral del feto sino la autonomía de la mujer y sus derechos a controlar su cuerpo. Tiene dos variantes, una, que entiende absolutos los derechos de la mujer. Otra, que plantea una lucha entre los derechos maternos y los derechos fetales. Por último -alude- a la existencia de posturas moderadas reacias a condenar o apoyar directamente la práctica del aborto desde el punto de vista moral. Dentro de estas posturas -advierde- tres variantes: a) la primera afirma que aunque el feto tiene status moral desde el momento de su concepción, no se sigue que el aborto siempre sea inmoral: la moralidad depende de las razones por las que se aborta; b) otra que sostiene que el feto comienza a tener status moral a partir de un cierto momento en el embarazo -utiliza criterios tales como el de la viabilidad, sensibilidad,

esto requiere sup. cotinuuag. record. comoda. olmit. roq. y shiv. el. no. accioib.

actividad mental, etc- y c) La tercera variante si bien acepta la idea de que el feto carece de status moral argumenta que no todos los abortos son justificados (63)

Gafo Fernandez se pregunta cuando comienza la vida humana en el desarrollo embrionario planteandose que este interrogante es básico en el debate sobre la eticidad de la interrupción del embarazo. Afirmar que existen al menos seis respuestas sobre el comienzo del derecho a la vida, con su correspondiente fase y día o mes. Enfatiza que nadie puede negar que la realidad biológica existente desde la fecundación, el cigoto es indiscutiblemente humana, *pero no significa automáticamente -como lo pretenden algunos autores- que se trate ya de un pleno ser humano cuya vida tenga que ser respetada absolutamente.* Estos juicios de valor sobre la naturaleza del embrión -afirma- no pueden ser dados por el biólogo o por el médico sino por el hombre de ciencia que especula filosóficamente sobre los datos aportados por la biología o por la embriología (64)

3.2.- NUESTRA OPINION

Como se advierte, la naturaleza del embrión, es una cuestión que se las trae y depende en última instancia de una valoración ética-filosofica y si se quiere religiosa. Por nuestra parte, sostenemos que desde la anidación puede hablarse de vida humana, antes no. Para arribar a el, ponderamos los siguientes argumentos: a) Si queremos arribar a un acuerdo con todas las partes involucradas tenemos que tomar un punto de referencia, que sea por lo menos asequible a la gran mayoría, b) Si bien puede asumirse la pertinencia de los otros criterios, en la duda, debe estarse a favor del feto y de su vida, c) El feto no tiene derecho a la defensa, por tanto debemos usar criterios que dinamicen éste derecho, d) ya desde una perspectiva religiosa. Aquí queremos decir dos palabras. En nombre de una sociedad pluralista debemos tener consideración por quienes no asumen una postura religiosa en la vida y por tanto debemos buscar argumentos que superen ésta

fundamentación. Pero, por otro lado, a quienes asumen una actitud de creencia, también debemos considerar y argumentar en ese sentido. Decíamos, que, desde esa perspectiva religiosa, no se puede asumir la posición de Dios y repartir derecho a la vida y la muerte, e) Nos parece como demasiado estricta la postura que no deja ni siquiera un margen de 14 días y aduce que en ese lapso también existe una persona, f) luego de una profunda investigación sobre el criterio más adecuado, no hemos encontrado fundamentos científicos que lleven a afirmar que uno de los criterios responde efectivamente a la verdad, g) Fuera del sector oficial de la iglesia católica, existe la opinión de muchos teólogos y pensadores de renombre que -cuanto menos- son menos estrictos en ese período, y como veremos distinguen entre métodos anticonceptivos y métodos abortivos y h) Por último, éste criterio resulta coherente con la posición que tenemos en cuanto a la diferencia fundamental que existe entre métodos anticonceptivos y abortivos (65).

Esta diferencia de criterios especialmente la dupla singamia-anidación que a nuestro entender implica una diferencia cualitativa-cuantitativa, en tanto permite afirmar la existencia de métodos anticonceptivos no abortivos se enfrenta en la jurisprudencia argentina. (66)

3.3.- EL DERECHO A NACER Y EL CODIGO CIVIL

Desde la perspectiva civil nuestro código tiene los siguientes preceptos vinculados directamente con el derecho a nacer. Estos son los artículos 63, 64 y 70 y las anotaciones realizadas a los dos primeros -que como sabemos no son ley pero valen como parámetro interpretativo-. (67) El codificador toma partido entonces, respecto de una de las dos posiciones que se conocían en ese momento desde cuando se investía a un ser o ente como persona -recordemos que la misma nota al artículo 63 menciona el Código de Chile para quien la existencia legal de toda persona principia al nacer-y lo hace tomando como punto

de partida la concepción del ser, desestimando el momento del nacimiento. Consagra de tal manera la primera manifestación del derecho a la vida, éste es, el derecho a nacer. Aunque como señala Cifuentes, Velez introdujo otros artículos que son incompatibles con el principio de que el nasciturus es persona. (68)

3.4.- EL DERECHO A NACER DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Con la reforma de la Constitución de 1.994 adquirieron jerarquía constitucional una serie de instrumentos suscriptos por nuestro país a nivel internacional que protegen el derecho a la vida y su primera manifestación el derecho a nacer. Así tenemos: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 6 párraf. 1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Art. 4 párr. 1º y art. 5 párr. 1º; Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, art. II; Convención sobre los Derechos del Niño, Arts. 1 y 6. (69)

Se dice que en la Constitución originaria el derecho a la vida no tenía consagración expresa. Por éste motivo se lo consideraba incluido entre los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución argentina. Aunque también se afirma, que el art. 29 lo consagraba explícitamente, cuando puntualiza que la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna. (70) Entendemos que si bien el denominado derecho a la vida no está expresamente enunciado en la Constitución, un análisis teleológico de ésta lleva a afirmar que el valor máximo que defiende la Constitución es el derecho a la vida. La Corte Suprema -con anterioridad a la reforma del 94- en la causa "Saguir y Dib" (71) reconoció explícitamente el derecho a la vida, fundada en el artículo 33 de la Constitución Nacional.

3.5.- EL DERECHO A LA VIDA EN LA CONVENCION DE SANTA FE DE 1994

El alegado propósito de la mayoría de convencionales -que se manifestó en la presentación de proyectos en tal sentido-, fué el incluir de manera expresa el derecho a la vida desde la concepción juntamente con la disposición de tratados internacionales, a modo de interpretación de cláusulas incluidas en los mismos. Barra presentó un proyecto para incluir el respeto a la vida como principio liminar de interpretación de toda la legislación argentina, incorporándolo al inc. 11 del art. 67 (actual 75 inc. 12) tendiente a prevenir toda desencriminación penal del aborto. Luego de un intenso debate se arribó a una formula de compromiso, que se transformó en el actual artículo 75 inc. 23 (72) que no zanjó la cuestión, porque dicha norma ha suscitado opiniones diferentes sobre su significado en la doctrina, aunque en términos mayoritarios se expiden sobre que dicha cláusula no genera la obligación de prohibir todo aborto (73) Como vemos el tema es recurrente, por un lado quienes se oponen al aborto, creen ver en ésta cláusula un vallado a su despenalización. Otro sector opina que ésta clausula no va más allá de lo que realmente dice, ésto es, que el Congreso debe dictar una ley de seguridad social que proteja el embarazo y la madre desde la concepción y nada más. (77)

Al respecto, Sagués expresa que "...Lo cierto es que sí cabe la tutela constitucional de la persona por nacer desde la concepción. El aborto discrecional o libre es un acto prohibido por la constitución. Pero ello no quiere decir necesariamente que deba ser un delito. Sobre ésto último tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente a ese aborto, como efectivamente lo ha hecho hasta ahora..." (74)

Por su parte, Barra señala que: "Es cierto que la norma comentada se dirige a un fin distinto. A un fin de seguridad social, que no puede ser cumplido, ya que la ley pertinente podría ser nunca dictada. Pero tambien es cierto que, existiendo esta clara guía

constitucional, no podrían dictarse leyes que contradijeran no sólo aquel fin tuitivo, sino tampoco otras que desconociesen la calidad de sujeto de derecho en el por nacer, ya que para la Constitución -por imperio de la norma comentada- es sujeto de derecho" (75)

Ekmejdjian a su vez sostiene: "Expresa la cláusula que tal protección debe asegurarse mediante un régimen de seguridad social. Ahora bien, es de suponer que en ese contexto el concepto de seguridad social es el más amplio, el de bienestar general, ya que de otra manera si se tratara de un seguro social, no se ve quienes lo financiarían. Por tanto, seguridad social deberá ser interpretado como sinónimo de asistencia social, esto es, a cargo del Estado. Por otra parte, la protección a que se refiere ésta cláusula es una obligación elemental del Estado, en virtud de los deberes impuestos a él, por normas internas e internacionales, aún antes de ser incorporada a un texto constitucional" (76)

Baigorria y Solari nos señalan: "En efecto, en lugar de haberse consagrado la defensa constitucional del derecho a la vida desde la concepción -con la consecuente cláusula punitiva del aborto- quedó plasmado como una garantía de protección social a la niñez desamparada. En definitiva, el derecho constitucional a la vida terminó conformándose en una especie de plan materno infantil" (77)

3.6.- NUESTRA OPINION

Por nuestra parte consideramos que ésta norma no tiene otro alcance que el del dictado de una norma de contenido social por el Congreso que proteja la vida desde la concepción, especialmente a los sectores más vulnerables. Por lo demás -como ya lo dijéramos- la protección de la vida surge sin hesitar de una lectura armónica, racional, inteligente de todo el articulado de la Constitución. Por último, entendemos -y nos parece que acá está el meollo de toda la cuestión en torno a la interpretación de ésta cláusula- siguiendo a Gil Dominguez (78) que ni ésta cláusula ni la defensa de la vida que realiza la

Constitución impide la despenalización del aborto. Como sostiene Gulco (79) "Si bien reconocer la existencia de un bien jurídico (en éste caso el feto) crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales. Es decir, la conveniencia o no de castigar penalmente la realización de un aborto es una cuestión de política legislativa, pero no parece que constituya un problema de índole constitucional. Al respecto conviene tener en cuenta que el control de constitucionalidad respecto de las normas penales consiste en determinar si el Estado puede o no castigar una conducta, no si debe hacerlo". Aunque, ello no implica -como se verá- que propiciemos lisa y llanamente un derecho al aborto sin ningún límite.

3.7.- EL CASO DE ANENCEFALIA. CORTE SUPREMA Y CORTE PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Un ejemplo de como no se cristaliza el derecho y que van apareciendo situaciones impensables en otros tiempos, que influyen sobre el derecho a nacer lo brindan los casos de anencefalia resueltos recientemente por la Justicia Argentina. Los más emblemáticos son los resueltos por la Corte Suprema de la Nación y la Corte de la Provincia de Bs. As.

De ambos nos interesa destacar una cuestión que luego veremos con mayor detenimiento: las autorizaciones judiciales para prácticas médicas en casos límites. Si bien la Corte Suprema no se expide expresamente sobre éste ítem, puede deducirse que implícitamente lo hace, lo que implica un respaldo a la postura que se expide por la necesidad o al menos la conveniencia de hacerlo a fin de que se pueda actuar. Desde la cuestión de fondo la Corte autorizó la interrupción del embarazo. Para nosotros, toda la distinción que intenta hacerse entre aborto e inducción de parto no deja de ser artificiosa. Debiera haberse hablado más claramente y llamado las cosas por su nombre. Y

que, en realidad prevalecía el derecho a la salud de la madre. Otra cuestión que nos preocupa son los tiempos que se toma la justicia -más si se recorren distintas instancias- para decidir este tipo de planteos que no admiten dilaciones de ningún tipo. (80)

Por su parte la Corte de la Provincia de Bs. As. (81) se expide -criterio que compartimos por cuanto entendemos que la justicia es el último lugar que le queda a la gente para hacer oír su voz- por la necesidad de la autorización judicial para la realización de prácticas médicas en las que se encuentran comprometidos intereses fundamentales mutuamente excluyentes. Desde la cuestión de fondo la Corte provincial se expidió por la negativa en torno de la inducción de parto. Una de las cuestiones que cabe plantearse es el alcance que debe darse a la luz de la Constitución Provincial (82) que protege el derecho a la vida desde la concepción, cuando existen otros derechos fundamentales que pretenden hacerse valer, tales la vida o la salud. Luego profundizaremos esa cuestión.

3.8.-CONCLUSIONES

1.-El ordenamiento jurídico argentino -tanto constitucional como infraconstitucional- protege el derecho a la vida y su primera manifestación el derecho a nacer.

2.-En la duda debe considerarse al feto como persona, a fin de proteger su derecho a nacer, partiéndose del criterio de la anidación.

3.-La protección del derecho a nacer no implica necesariamente que deba realizarse exclusivamente mediante la vía de la incriminación penal del aborto. Aunque esa desincriminación tampoco puede ser en modo alguno total -como se verá más adelante-.

4.-El derecho a nacer sufre algunas restricciones, en determinados y especiales supuestos que deben ser interpretados restrictivamente.

DERECHO A ABORTAR

4. INTRODUCCION

En lo que hace a este derecho, en la Argentina -y en el mundo- se ha producido hasta el momento dos posiciones aparentemente irreconciliables, evidentemente teñidas por el hondo contenido ideológico, religioso, psicológico, moral- filosófico que involucra, que a su vez se entrecruza con otros componentes tales como el antropológico, lingüístico, de género, la sexualidad humana, la familia, la sociedad y el Estado dentro del proceso de globalización. Creemos que, la cuestión resulta -al menos más accesible- si lo hacemos desde el abordaje de las distintas variables que involucra -en la medida que así vamos a tener un panorama general de la temática- y desde esa perspectiva más abarcativa, realizar algún aporte -por lo menos esa es la intención- que contemple esa diversidad de parámetros que, creo, inexcusablemente, debe tenerse en cuenta. Y que ponga énfasis, en la prevención, óptica desde la cual se observa y se toma desafíos tales, como el abordaje del "derecho de daños". En el entendimiento que este tópico se encuentra íntimamente vinculado con la prevención, daré tratamiento en este ítem a la ley de procreación responsable.

4.1.- VARIABLE IDEOLOGICA

La Corte Norteamericana en 1973 se expidió en el caso "Roe vs. Wade" invocando la teoría de la viabilidad, entendida como la posibilidad del feto de tener vida fuera del seno materno, determinando que el embarazo debía separarse en tres trimestres. Durante el primero -época de total ausencia de viabilidad- estableció un derecho pleno de la mujer a abortar sin que el Estado pudiera exigir otra limitación que no fuera la intervención de un médico debidamente habilitado. En el segundo trimestre -con una viabilidad más clara- el

Estado, si bien no puede prohibirlo, sí puede poner límites al aborto que sea razonable en función de la salud maternal. En el tercer trimestre el Estado puede prohibir el aborto siempre y cuando el embarazo no comprometa la salud de la madre.

4.2.- LA POLITICA PRO-LIFE Y LA POLITICA PRO-CHOISE

A partir de éste fallo, los conservadores trataron de tomar como bandera una posición antiabortista que se puso en acción especialmente, en la selección de jueces federales, en particular los de la Corte Suprema. El hondo contenido político que tomó la cuestión es resaltado por Carnota (83) quien se pregunta ¿cuánta política pueden llegar a absorber los tribunales norteamericanos, sin descompensar la división de las funciones del poder? Por su parte, Montoya (84) refiere que uno de los candidatos a juez de la Corte, propuesto por la administración republicana, que defendió explícitamente su posición antiabortista ante la Comisión judicial del Senado -con mayoría demócrata- que debía darle el acuerdo, no obtuvo el aval posteriormente de ese Cuerpo, fruto del lobby que realizaron los grupos pro-choise (a favor del aborto, que pone énfasis en el derecho de la mujer a decidir sobre el tema), transformándose el tema en plataforma de los dos partidos mayoritarios, el Demócrata reconocía la libertad reproductiva como un derecho humano fundamental, oponiéndose a la interferencia gubernamental en las decisiones reproductivas de los americanos, especialmente las que deniegan a los pobres su derecho de privacidad, y el Republicano, por su parte, afirmaba que el no nacido tiene un derecho fundamental a vivir, el cual no puede ser infringido.

Creemos, que la experiencia norteamericana nos puede dejar ricos elementos de análisis como para tratar la cuestión en la Argentina.

4.3.- LA FUNCION JUDICIAL, LA IDEOLOGIA Y EL DERECHO

Por supuesto, que todo máximo tribunal no puede desprenderse de algún modo -por su propia naturaleza y función- del componente político del derecho que interpreta en última instancia. Lo que da para pensar, es si la postura ideológica, puede llevar a servir de parámetro para la designación de los jueces. Creemos que no debería ser así. Pero en la realidad lo es. Es que como dice Ruiz (85) "La "independencia del Poder Judicial", tantas veces invocadas, puede ser leída desde un ángulo diferente. Con ella se pretende que los jueces están reasegurados de toda contaminación política. Pero, esa presunta objetividad que parece colocarlos más allá de los conflictos y pugnas de la sociedad, que les permite ser infinitamente justos, no es sino una ilusión. Desde su saber ya son poderosos, y en una sociedad dividida por intereses opuestos, ese poder poder y algunos de esos intereses aparecen siempre ligados. Y porque, en definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social que llamamos derecho y, por tanto, conlleva la carga legitimante del poder que le es propia. Y lo que es más importante, sobre las decisiones que tome una vez que asume el cargo". No existe ningún mecanismo de designación de los jueces -al menos no lo conocemos- que no esté impregnado de esa vinculación con el poder. Alguno podrá ser más -si se quiere- aséptico, pero nunca existe en forma pura.

4.4.- LO IDEOLOGICO COMO DIMENSION DE ANALISIS

Ante todo, queremos poner especial énfasis en que entendemos, que no se puede prescindir de la ideología como herramienta de análisis y reflexión. (86) "No decimos que todo sea ideológico o que todo sea poder en la dimensión de lo jurídico sino que lo ideológico y el poder están en todas partes. Creemos que todo fenómeno social y, por tanto el derecho, puede ser leído en relación con lo ideológico y con el poder y nos resulta fundamental introducirlos conjuntamente en la consideración del discurso jurídico".(87)

Si analizamos la cuestión en la Argentina desde esa perspectiva, no podemos prescindir que nos encontramos en una comunidad fuertemente influida por la Iglesia católica -este, es puede decirse solamente un dato, pero constituye "el dato", cuya importancia no puede negarse-, que existe una posición casi unánime de los juristas en oponerse ya fervientemente -utilizando en algunos casos argumentos de indudable valía- o bien colocándole estrictos límites. Por otra parte, tampoco se puede negar que el aborto existe como dato de la realidad, como práctica social, que detrás del aborto no sólo puede morir la madre, sino el embarazo que ella porta y que en muchos casos se intenta defender.

Resulta necesario, que se debata profundamente en la sociedad cuales son las probables salidas o alternativas que compongan las dos posiciones que influenciadas fuertemente por la ideología -son hasta el momento- irreconciliables, quizás porque no se toma debida nota -como veremos- de los términos de la discusión.

4.5.- NECESIDAD O NO DE UNA LEY QUE REGULE EL TEMA

Uno de los mayores cuestionamientos que se formulan al fallo de la Corte en el caso "Wade vs. Roe", es que no existe una norma constitucional expresa que autorice a abortar. Desde esa perspectiva, se plantea que la respuesta que debe darse es una ley que se expida sobre el tema. Sin perjuicio de nuestra posición -que luego se explicitará- pensamos que en caso de llegarse a la conclusión que resulta necesaria una ley sobre el tema, ésta no puede ser elaborada sin una previa discusión de la sociedad en su conjunto, que contemple todos los valores en juego. Y aún así, el dictado de una ley no traerá automáticamente la solución de la problemática porque, para ello deben cambiar pautas culturales de la sociedad, de la cual emerge esa ley. Resulta necesario actuar con prudencia, para no irnos de un extremo a otro como nos gusta tanto a los argentinos -vg. una ley que desincriminara el aborto por razones económicas y sociales-. Entendemos que el Estado está obligado a previamente

remover esas causas. Es que, el aborto constituye una clara señal de un fracaso social, el fracaso en prevenir embarazos no deseados a través de la anticoncepción, y el fracaso o la violación por parte de los poderes públicos de cubrir las necesidades de planificación familiar. Lo fundamental para una sociedad que le interesa proteger la salud de la mujer es desarrollar programas de salud reproductiva que jerarquicen la prevención. La investigación sobre los métodos de anticoncepción, la educación, la información y los servicios de salud deben estar al alcance de todos y todas para evitar que las mujeres en el futuro tengan que optar por un aborto, pudiendo con su conciencia bien informada elegir el método anticonceptivo más conveniente para que puedan gozar de su sexualidad sin temor de quedar embarazadas. Por supuesto que eso, se logra desde lo macro, instrumentando primero, políticas inclusivas, que aumenten la producción, el empleo, los recursos del Estado. Previo, a ello resulta imperativo rescatar la democracia -junto a la ética-, como la única forma posible de gobierno para llevar a cabo esa tarea. No por nada, éstos temas -la democracia y la ética- constituyen unos de los principales afanes de muchos pensadores en la actualidad. Como dice Cortina, la respuesta parece venir hoy de la sociedad civil, de aquellos sectores en que los hombres concretos, raíz de cualquier forma de organización social, exigen ser tenidos significativamente en cuenta en las decisiones que les afectan, que es definitiva la exigencia de una democracia radical (88).

También la experiencia norteamericana sirve para que, si en algún momento se llegará a dictar un fallo en la Argentina que se expidiera sobre éste tema -no olvidemos que el caso "Seajan" sobre el divorcio vincular no fué un producto sacado por la Corte de la galera, fué la resultante de un clamor social que requería esa sentencia- debe "oirse" a la sociedad. (89).

Lógicamente antes resulta necesario producir un esclarecimiento de la cuestión. Lo que presupone la adecuada discusión de todos los componentes involucrados y su adecuada transmisión a la comunidad para su elaboración y discusión, que no se haga un circo mediático con una cuestión tan delicada. Pero coloquemos la cuestión en el debate en el marco del necesario pluralismo en una sociedad que se dice democrática como la nuestra.

4.6.- COMPONENTE RELIGIOSO

En éste análisis no se puede dejar de utilizar como método de investigación la perspectiva religiosa. (90) Evidentemente una comunidad -como dijéramos- fuertemente influenciada y que recibe normas, pautas de conducta y disciplinamiento social por parte de una iglesia -la católica- como es la Argentina, es otro componente a tener muy en cuenta en el análisis de la cuestión. Máxime cuando las actitudes de ésta, no se condicen con el necesario pluralismo político que debe haber en una sociedad democrática. Resoluciones tales, como prohibirles a las publicaciones católicas que brinden a la población otros puntos de vista distintos a los de la iglesia se inscriben en esa línea. El documento, llamado "Nota doctrinal sobre algunas preguntas relacionadas a la participación de los católicos en la vida política", le apretó las tuercas a las publicaciones católicas, diciendo que éstas no podían presentar puntos de vista diferentes en nombre del pluralismo" (Pregón, Jujuy, 17/2/03)

No nos olvidemos por otra parte, que se escuchan voces que sostienen que la actitud de la Iglesia a lo largo de toda su historia no fué lineal, que no siempre condenó al aborto ni tampoco tuvo como punto de inicio de la vida el momento de la concepción. (91)

Inscripto en esa línea -no precisamente paralela entre Iglesia y Estado- resulta útil puntualizar que la condena al aborto parece ser una respuesta del Concilio ecúmenico de Trento, a los religiosos que presionaban por una mayor autonomía de la Iglesia.

Ahora bien, no podemos soslayar que se ha sostenido que existe una larga tradición que se opone absolutamente a la realización del aborto. (92)

También desde una perspectiva cristiana, resulta insoslayable traer a colación -y siempre desde el punto de vista que pretendemos darle a la solución de ésta cuestión, esto es mediante la aplicación de la ley de procreación responsable- la opinión de Mifsud (93) quien señala que *es preciso distinguir entre anticoncepción y aborto, porque el impedir un proceso embrionario y la interrupción de éste mismo proceso son dos realidades distintas.* Es decir, que hay que distinguir entre métodos anticonceptivos y abortivos, o en todo caso entre lo que se llama aborto culpable o no. Este autor cita a Gafo (94) y Horteland (95), quienes también se inscriben en ésta posición.

Como vemos la cuestión es ardua, no exenta de polémicas, donde el que intenta abordar desde una posición "independiente" -en el sentido de no partir de posturas dogmáticas sino de buscar el diálogo)- puede llegar a mostrarse perplejo!

Lo que queremos resaltar aquí, es que éste trasfondo ideológico no debe ocultar ni hacer olvidar que el aborto existe como práctica social y que el camino no es el debate ideológico -dato del cual no se puede prescindir- sino el diálogo constructivo para acercar posiciones (vg. fundamentalmente, dando plena ejecución a partir de éste diálogo a los postulados de la reciente aprobada ley de procreación responsable -que no se la asuma como un paso previo a la legalización o despenalización del aborto- (que no son lo mismo) y entendiendo que puede haber situaciones límites que requieren soluciones límites) respetando en todos los casos, el pensamiento del otro y reconociendo que en una sociedad democrática existen personas que tienen valores distintos y que las ideas no se imponen por la fuerza. Lo que se llama tolerancia. Utilizar los mecanismos de la "ética de la discusión" de Apel y Habermas.

4.7.- COMPONENTE SOCIOLOGICO

En la Argentina, pese a una fuerte prohibición legal, se registra uno de los índices más altos en el mundo, con un aborto cada dos nacimientos (96). En esta relación de un aborto cada dos nacimientos, coincide otro investigador del tema, Gil Dominguez (97) quien afirma que en la República Argentina se realiza entre 325 y 400 mil abortos consentidos por año, estimando que en el país hay un promedio de 650 mil nacimientos vivos por año, esto implicaría que se produce una interrupción cada dos embarazos. Según un informe de la Organización Mundial de la Salud de 1993, "Las tasas de mortalidad materna en los países en desarrollo, alcanzan las 300 a 800 muertes por cada 100.000 nacimientos, descendiendo a un promedio de 30 por cada 100.000 en los países desarrollados". Ello nos da la pauta inquietante del serio problema social que implica el aborto clandestino, realizado en condiciones que no respetan los más mínimos recaudos de seguridad para la mujer que lo hace.

4.8.- COMPONENTE DE GENERO Y DE CLASE

Nos parece que en ésta problemática existe de algún modo -en especial- en determinados supuestos -sin renegar de la naturaleza y que la maternidad para muchas mujeres constituye uno de los actos más trascendentes de su vida- una actitud de discriminación y violencia en contra de la mujer, en la medida que se la quiere obligar a realizar una conducta que no quiere y que se la obliga sólo a ella, en su carácter de tal. Como señala, Torrado (98), "Merece destacarse que las modalidades concretas que asume el proceso decisional respecto a la procreación dentro de la familia, están estrechamente vinculadas al status social de la mujer dentro de la sociedad global".

Uno de los planteos que formulamos al respecto, es si puede predicarse que la mujer se mueve en un ámbito de libertad respecto del requerimiento sexual de la pareja (cónyuge

o conviviente). Y esta formulación, se la efectúa desde dos aspectos. Primero, desde la posibilidad que tiene la mujer de acceder o no, según su libre voluntad a mantener una relación sexual con su pareja. Ya desde, la otra perspectiva a tener en cuenta: practicado el acto sexual, el hombre puede desentenderse del resultado de su accionar -hipótesis de embarazo -, la mujer no. Vemos entonces, como desde dos aspectos cruciales en la forma de relacionarse sexualmente la mujer ésta se encuentra -por lo general- sometida al ejercicio del poder del hombre.

4.9.- OTRO COMPONENTE: LO SEXUAL

La sexualidad, el relacionarse sexualmente, deviene de la propia naturaleza del hombre. Ha de tenerse en cuenta que la sexualidad es una forma de relacionarse de la especie humana y que no está unida en modo alguno, a la procreación, no tiene ese sólo fin. Se ha producido especialmente en las últimas décadas del siglo pasado -nos guste o no- una "revolución sexual" -ese es otro dato sociológico- que ha implicado, en definitiva, el uso de medidas anticonceptivas. Las mujeres ya no se relacionan sólo dentro del matrimonio, existe un espacio fuera de él, se ha producido también el inicio de la actividad sexual a más temprana edad. Lo "sexual" ha copado los medios de "comunicación" y el sistema de publicidad. El componente familiar al que hacemos alusión más arriba, el cambio del rol de la mujer, ha influido sobremanera en este comportamiento sexual. "Las oportunidades de las parejas y de las mujeres para planificar la cantidad de hijos, el momento en que desean tenerlos es parte del derecho a decidir libremente sobre el propio cuerpo, sobre las expectativas de vida y sobre el tipo de familia que desea conformar. Esto conduce a la idea de que la procreación se ejerza respetando la libre opción de las personas mediante la separación consciente de la sexualidad y la reproducción" (99)

4.10.- DE LA BUSQUEDA DE ARGUMENTOS NORMATIVOS DE ESTE DERECHO

Cuando se entrecruzan el derecho a la vida de la mujer y el derecho del feto, debemos recurrir a la normativa que protege el derecho a la vida -a la cual nos referimos al tratar el derecho a nacer como primera manifestación del derecho a la vida-. Se encuentran en juego el valor "vida" de la madre y el valor "vida" del nasciturus, debiendo prevalecer el primero.

Cuando se entrecruzan el derecho a la salud de la mujer y el derecho del nasciturus, cabe aludir, antes de la reforma constitucional, el derecho a la salud, como derecho humano implícito a tenor del artículo 33 de la Constitución Nacional. A partir de la reforma constitucional, en su aspecto de calidad de vida en el art. 41 así como su tutela efectiva en el art. 43. (100). En este caso tenemos el conflicto "valor" vida del feto y valor "salud" de la madre. En caso de verse gravemente amenazado el segundo prevalece éste.

Desde la perspectiva de los convenios internacionales con jerarquía constitucional - y también desde el análisis de un conflicto de valores- tenemos: La Declaración de los Derechos Humanos de 1948: art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales: art. 12; Convención Americana de los Derechos Humanos: art. 25 (101) Los dos primeros protegen la salud, brindando el último la vía ágil y expedita del amparo.

Todo desde una concepción amplia de la salud, según la O.M.S., que no sólo comprende la ausencia de enfermedades, sino el bienestar no sólo físico, sino psíquico y social. Esto es muy importante, para nuestra posición como luego se verá.

No creemos que resulte aplicable a este derecho los artículos -ya citados más arriba- vinculados con la posibilidad de planificación familiar, en tanto consideramos que el aborto

no es un método destinado a tal fin, para ello estimamos suficiente la prevención y los supuestos contemplados actualmente en el Código Penal.

4.11.- DESDE LA NORMATIVA VIGENTE: EL DICTADO DE UNA NORMA GENERAL DE AUTORIZACION A LOS JUECES EN LOS SUPUESTOS DEL ART. 86 DEL CODIGO PENAL

Al asumir la postura que el aborto no debe ser utilizado como método de planificación familiar, nos expedimos claramente en contra de su admisión por la mera invocación de problemas económicos o razones de decisión personal de la madre invocando o no razones para ello. Es que, en definitiva entendemos que nos encontramos ante una cuestión de valores. En éstos supuestos, no entrando en juego el valor "vida", ni el valor "salud", ni tampoco el valor "dignidad" de la madre debe prevalecer, la concepción que considera al feto persona.

En lo que hace a la invocación de problemas económicos o sociales para abortar, entendemos que el Estado debe dar respuesta a ésta problemática. Ello debe hacerlo dictando la norma de protección al embarazo que prevé el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, ya analizado. Hasta tanto no lo haga, el poder judicial deberá dar respuesta adecuada y acabada. Y no nos detengamos en razones de índole presupuestaria, ni en posiciones consecuencialistas. Y ante todo, lo vamos a decir cuantas veces sea necesario, poniendo en vigencia la ley de procreación responsable.

En lo atinente a la fundamentación del aborto en la decisión personal de la mujer - invoque o no motivos para ello-, cabe distinguir. Si ésta llega al grado de incidir gravemente sobre la salud física o psíquica de la mujer encontrará solución en el marco del art. 86 del Código Penal (102). Si no alcanza esa influencia no nos parece que deba prevalecer sobre la concepción de aquellos que piensan que el feto es persona. Tengase en

cuenta que para el caso de que se trate de una mujer que cuenta con medios, en la práctica recurrirá a la medicina privada. Y en caso de tratarse de una mujer de escasos recursos, generalmente coincidirá con la existencia de problemas económicos y sociales, los que deberán ser solucionados por el Estado. Por último, debemos ponderar que el primer vallado, será la aplicación efectiva de la ley de procreación responsable, y la ley que debe dictar el Congreso en el marco del artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. Incluso el art. 86 puede solventar el caso de un feto con graves deficiencias físicas y psíquicas, si atendemos a que generalmente irá acompañado de un serio deterioro -al menos- de la salud mental de la progenitora.

Por lo que no resulta desacertado sostener que si uno examina a fondo los distintos supuestos de aborto, el único que puede generar en realidad algún marco de controversia sería el derivado en la decisión personal de la mujer.

En síntesis: por un lado, asumimos que el aborto no debe ser utilizado como método de planificación familiar, por el otro consideramos que la actual normativa penal vigente, interpretada con sentido realista por los jueces brinda adecuada respuesta a la sociedad, siempre que se complemente con el dictado de la ley que prevé el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y la puesta en vigencia de la Ley de Procreación Responsable. Para ello deberá dictarse una norma general de autorización a los jueces, para que éstos a su vez autoricen las prácticas abortivas que se encuadren dentro del actual art. 86. En efecto, éste artículo al contemplar los supuestos en que se encuentre en juego el valor vida de la madre, el valor salud -entendido como salud física y psíquica- y el valor honor -nos parece más adecuado hablar de valor dignidad- de la madre -de toda mujer según la posición interpretativa de la norma que consideramos atinada y no sólo de la mujer idiota o demente- para los casos de violación -dejando de la lado la imposición de conductas supererogatorias

a ésta-, brinda un adecuado marco de contención a ésta problemática. Ello desde la perspectiva desde la actual normativa vigente. Como señalara Jimenez de Asúa (103) los legisladores no pueden, a su antojo, crear infracciones ni suprimir delitos. Por encima de la ley sancionadora está la norma de cultura, como dice Max Ernesto Mayer. De esa cantera social extrae el autor de las leyes el concepto típico que plasma en sus artículos. Esa norma de cultura, nos permite afirmar que, la mentalidad media argentina, admite algunos supuestos de aborto y éstos están vinculados esencialmente a los casos contemplados - desde una interpretación razonable como la que proponemos- al art. 86 del Código Penal, con la inclusión factible del 3er supuesto contemplado con la legislación española. Nada más, ni nada menos. En esas condiciones, estimamos que dicha norma pasaría el criterio de factibilidad que enuncia McCormick. (104)

4.12.- DESDE LA NORMATIVA A DICTARSE. MODELO ESPAÑOL

Ahora bien, desde la perspectiva de una futura legislación -coherentes en nuestra posición- sólo plantearíamos: 1) que la norma siga la redacción del art. 417 bis del Código Penal de España 2) Que en ese marco se autoricen las prácticas abortivas a los jueces.

En la medida que resulta un antecedente valioso a tener en cuenta -por la similitud de supuestos que contempla- cabe mencionar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de España- en relación a la constitucionalidad del entonces proyecto luego convertido en la ley orgánica nº 9 de 1.985 de reformas al art. 417 bis del Código Penal Español. (105)

El tribunal parte de la premisa que el vínculo nasciturus-madre constituye la relación más peculiar y sin parangón de todo comportamiento social, y que se trata de un tema en cuya consideración inciden más que en ningún otro las ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales, aunque manifiesta prescindir de ese dato y

atenerse sólo al jurídico. En sus considerandos plantea que el problema nuclear resulta ser, el alcance de la protección constitucional del nasciturus. Al respecto, enfatiza, que la vida del nasciturus es un bien jurídicamente protegido y que ésta protección implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que imponga una protección efectiva de la misma y que dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Pero aclara, que ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto, pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeto a limitaciones. Para fallar, en el sentido que el proyecto de ley por el que se introduce el art. 417 bis del Cód. Penal, es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico decimosegundo. (El legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto se lleve a cabo en centros judiciales públicos o privados autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional. (106)

4.13.- DE LAS FACULTADES DE LOS JUECES PARA AUTORIZAR LAS PRACTICAS ABORTIVAS

No desconocemos las posiciones bien fundamentadas que entienden que no puede existir una autorización a-priori. En tal sentido Bidart Campos (107) señala que: "Ante la solicitud de venia judicial para abortar se puede formular este dilema: o lo que se pide es

autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta la autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal, o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que prima facie coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse porque un juez no puede dar venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada, el primero por inútil; el segundo por imposibilidad jurídica" y que "La ley penal funciona siempre "después" de cometido el hecho que ella ha incriminado con anterioridad, por lo cual no juzgamos correcto aspirar a que un juez nos diga "antes" del hecho si -de cometerse- será punible o no". No obstante, respetar ésta posición y sus argumentos, siempre en el entendimiento que el derecho como instrumento de paz y convivencia social debe dar respuesta a la sociedad, nos parece que mientras no se legisle sobre esas autorizaciones deben darse cauce -con respuesta a veces positiva otras negativas- a los planteos que se efectúen vía amparo o mediante cualquier otra vía.

Como señala González (108) "Es obvio que en el plano general y normativo las conductas son lícitas o ilícitas. Es obvio, en principio, que no es necesario autorizar las primeras ni menester deónticamente homologar las segundas. Más también es cierto que en el plano concreto esa esencial distinción no resulta con absoluta claridad, siendo necesario una declaración judicial". Asimismo Jarque (109) apunta a destacar la necesidad derivada de las situaciones de angustia de la persona que las solicita y que si bien las resoluciones que se dictan autorizando la realización de actos extremos, pero si seguramente será comprensible el afán de intentar paliar el dolor ajeno.

Debemos advertir que una cosa es expedirse en términos generales sobre un pedido de autorización en abstracto, y otra, es responder a una petición concreta, con toda la fuerza de la realidad, con compenetración del magistrado de todos los elementos de prueba que

hacen a su resolución final, manejando todos los valores que en definitiva se encuentren en juego en una causa. Como destacara Albanese "La importancia de analizar todos los derechos lesionados y/o a lesionar, en el conjunto de las circunstancias indelegables e irrepetibles de cada caso concreto para la obtención de un resultado justo" (110)

Muestra acabada de ésta ponderación particular la brinda el magistrado Hooft en una causa llevada a su conocimiento en la que si bien entendió la innecesariedad de la autorización ya que entendía que encuadraba en el art. 86 inc. 1º del Código Penal "la vía judicial elegida permite alcanzar una acción declarativa de certeza respecto de los derechos protegidos constitucionalmente que podrían entrar en conflicto" Incluso Gimenez de Asua se expide por la autorización a priori del aborto en el caso de violación de la mujer -aunque si bien como medio de contemplar situaciones excepcionales dentro del supuesto de violación de la mujer.- (111) (112) (113)

4.14.- LOS MEDICOS Y EL PROBLEMA. SU DILEMA

La actitud de los médicos frente a la mujer que desea realizar un aborto voluntario y la respuesta de la justicia a esa actitud, nos plantea problemas tales, como la obligación de denunciar que tiene el médico, si ésta obligación resulta punible o no. Denunciar o no denunciar. Abortar o no abortar. Evidentemente la actitud que pueden tomar no resulta para nada fácil. Es sabido lo resuelto por la CNCrim en pleno sentada en la causa "Natividad Frias" en el sentido que no se puede perseguir a una mujer que haya causado o consentido su propio aborto por la denuncia del médico que la atendió en un nosocomio privado o público. (114)

Citando éste fallo en respaldo de sus argumentaciones, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Sala II, de Rosario se expidió sobre la denuncia penal que formuló una médica que en un Hospital Público atendió a una mujer por las consecuencias infecciosas de un

aborto practicado poco antes. Acá vemos, como esa diversidad de valores en juego para cada juzgador se proyecta sobre el enfoque que puede dar a su solución jurídica. La Corte de Santa Fe, desde su perspectiva de defensa a ultranza de lo que para ella estaba en juego en la causa: el valor de la vida humana, excluye de su análisis otros valores de los cuales no es dable prescindir axiológicamente. Esto es advertido por Bidart Campos (115) quien critica el criterio del Alto Tribunal, y elogia al inferior, al entender, que señaló bien los límites de la cuestión, que no era la protección de la vida cancelada por el aborto, sino algo muy distinto, el conflicto entre el deber médico de hacer denuncia del aborto, y el deber de guardar el secreto profesional (con el correlativo derecho de la paciente a que no fuera divulgado) y que había que hacerse cargo de la situación dispar entre el médico "oficial" y el médico "particular" y entre las mujeres que acuden al primero en un hospital público porque no pueden pagar un servicio privado y a las que pueden pagarlo, que implicaría una directa lesión a la igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75 inc. 23 C.N.), reconociendo el doble discurso respecto de la práctica social existente del aborto y que esta sentencia no pondrá coto.

Esta actitud de doble discurso es puesta de manifiesto también por otro comentarista de ese fallo, Gil Dominguez, (116) quien además coloca énfasis en la práctica social del aborto como elemento de análisis de inexcusable lectura para cualquier juez que deba tomar su decisión en una causa vinculada directa o indirectamente al aborto voluntario: criterio de aplicación de la justicia que consideramos debe ser enfatizado cabalmente y puesto en práctica por los jueces en cada decisión que tomen en su augusta función de dar a cada uno lo suyo- y que la respuesta normativa de su incriminación penal no sólo que no protege el bien jurídico tutelado -vida humana en formación- sino que ha abierto una brecha en la sociedad, con mayor exclusión social.

Esta puntualización es importante, porque el derecho está obligado a dar respuestas a la sociedad que regula, a todos sus integrantes y si no lo hace es derecho muerto, en tanto es desobedecido no tenido en cuenta por los individuos en sus decisiones de todos los días. Es función del derecho incluir y no excluir. (función del derecho, justicia distributiva)

4.15. LA LEY DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE

En su artículo 1 crea el "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable". El art. 2 contempla los objetivos del programa. Estos apuntan a brindar a la población igualdad en el ejercicio de sus derechos reproductivos, respetando la toma de decisiones de las mujeres en su salud reproductiva. Implican, en definitiva, el reconocimiento de que la salud reproductiva forma parte de un buen nivel de salud de la población. Los arts. 3 y 4 regulan los destinatarios del programa respetando el instituto de la patria potestad. El logro de esos objetivos se intenta alcanzar mediante los instrumentos que señalan los artículos 5 y 6. Sus ejes son: la formación de gente con capacidad para manejar el tema de los derechos reproductivos, fundamentalmente en los ámbitos vinculados con la población que requiere los servicios del Estado (centros de salud, hospitales, etc); brindar información a la población sobre aspectos vinculados a su salud reproductiva y a requerimiento -ésto es importante- de los interesados suministrales métodos y elementos anticonceptivos, de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando en última instancia, los criterios de los usuarios. El art. 7 incluye las prestaciones en el PMO, en el nomenclador de prácticas médicas y en el nomenclador farmacológico. También la inclusión de las prestaciones en la coberturas de los servicios de salud del sistema público, de la seguridad social de salud y de los sistemas privados, en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones. Inclusión social que le llaman. De las mujeres y entre ellas las más pobres. Y no se pretenda ver una prédica ideologizante en ella.

El art. 8 preceptúa la difusión periódica del programa. El art. 9 regula la obligación de las instituciones educativas públicas de gestión privada -confesionales o no- de cumplir con la normativa prevista, lo que se explica, desde la perspectiva del obligación del Estado creado por la misma ley. El art. 10 exceptúa -razonablemente- por objeción de conciencia de la prescripción y suministros de anticonceptivos a las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud. El art. 11 impone a la autoridad de aplicación la obligación de implementar, seguir y evaluar el programa y suscribir convenios con las provincias y la ciudad de Bs. As. El art. 12 contiene una disposición clave, esto es, la previsión presupuestaria del programa. El art. 13 invita a las Provincias y ciudad autónoma de Bs. As. a adherir al programa.(117)

4.16.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

No vulnera el derecho a la vida. Una cosa son las prácticas anticonceptivas, otra son las prácticas abortivas. Ya hemos desarrollado nuestros argumentos. Nos remitimos a ellos.

En lo relativo a la patria potestad. No la vulnera. Ello incluso es admitido por quienes objetan la ley. (118) Aunque ello, en definitiva, estará vinculado a la interpretación que se haga en torno de lo que significa el interés superior del niño y la intervención necesaria de los padres. Esta es una cuestión sumamente polémica, que junto con la determinación de si algunos métodos son anticonceptivos o antiabortivos, constituyen la clave de la vigencia de la ley sin planteos judiciales de quienes se oponen a su vigencia. Al respecto, resulta útil rescatar la opinión de Minyersky (119) expresada en torno a la constitucionalidad del art. 5 de la Ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable que en éste aspecto parece más "liberal" que la ley nacional, aunque luego atenuada por la ley correctiva 439 (120) quien señala la flagrante violación al principio de igualdad contemplado por la Convención de los Derechos del Niño, que presupondría la no

vigencia de la ley 418 y que los verdaderos afectados y por ende, excluidos y discriminados serían en su mayoría los adolescentes sin recursos, sin entorno familiar continente, que no tienen otra forma de cuidar su salud que acudir a los servicios hospitalarios y la de de Gorvein y Polakiewicz (121) quienes realizan un acabado análisis, desde distintos niveles - el principio de defensa del mejor interés del niño, el derecho a la información, el derecho de expresión, el derecho a la autodeterminación del niño- sobre el derecho del menor a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo y expresan que dada la ausencia de un ordenamiento específico que regule el asentimiento de los pacientes menores de edad en los actos relacionados al cuidado de su salud, la regulación que se proyecte deberá plasmar en el derecho interno, el espíritu y la letra de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta entre otros los siguientes aspectos: a) Considerar como principio general que un niño es competente para consentir un tratamiento o práctica médica desde los 14 años, edad en que se adquiere el discernimiento; b) respecto de determinadas prácticas o tratamientos que, por su importancia, pudieran comprometer la salud futura del paciente, se requerirá, además, el consentimiento de los padres o representantes legales. Dichas prácticas o tratamientos deberán quedar determinados en la regulación legal, teniéndose en cuenta para ello los criterios científicos que correspondieren, c) Reconocer expresamente que los pacientes menores de 14 años deben ser debidamente informados y tienen el derecho a expresar su opinión y ser escuchados. Autorizar a los profesionales de la salud a evacuar consultas de diagnóstico y orientación a menores de 14 años, sin la presencia de un adulto responsable. Por nuestra parte, pensamos que tenemos que distinguir entre nuestros valores y creencias, y la realidad que señala otra cosa. Sostenemos que en principio, no debería incluirse a los menores en estos programas -específicamente en la provisión concreta de métodos anticonceptivos-. Pero inmediatamente nos planteamos, que no

hacerlo sería más perjudicial, porque dejaría un segmento de la población -la más vulnerable- al margen de los loables objetivos de la ley. No asumamos ésta cuestión, como un ataque a la patria potestad de los progenitores. Normalmente en los casos en que los padres ejercen la patria potestad "adecuadamente" -tanto desde la perspectiva de quienes piensan que no tener relaciones sexuales constituye el ejercicio adecuado, o bien de aquellos en que la utilización de los métodos es tema de charla y orientación familiar- no tendrán ese problema. Por lo general, llegan a los servicios de salud los casos de ejercicio inadecuado de la patria potestad. Entendemos que una simple orientación, asesoramiento o consulta de diagnóstico es dable hacerla sin la intervención de los padres. Para la provisión de anticonceptivos o colocación de un DIU, debiera instrumentarse un mecanismo de consenso que, por un lado, brinde algún tipo de participación a los progenitores y que, por otro lado, no deje a los menores fuera de la protección de la ley. Deberá tenerse en cuenta que, si bien interviene el Estado porque se concurre a un establecimiento de salud pública, el ejercicio de los derechos reproductivos o derechos sexuales, es un derecho personalísimo, que se desarrolla dentro del ámbito de la intimidad o privacidad que expresamente regula el art. 19 de Constitución Nacional. En cada caso, y teniendo en cuenta las circunstancias deberá bucearse cual resulta ser, el interés superior del niño.

Los métodos anticonceptivos se distribuyen voluntariamente, no se imponen a nadie, sólo a requerimiento. Ello descarta cualquier vicio de inconstitucionalidad vinculado al sometimiento forzoso de la población a los métodos anticonceptivos. Por lo demás, existe la declaración parcial de inconstitucionalidad, de ningún modo puede invalidarse totalmente la ley sólo porque eventualmente pudiera contener -que no es así- alguna disposición que pueda ser eventualmente tachada de inconstitucional.

Desde la perspectiva de los Convenios internacionales -que tienen jerarquía constitucional- puede defenderse su constitucionalidad invocando los siguientes fundamentos: Declaración Universal de Derechos Humanos: arts. 1, 7, 22, 25.1.; Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales: arts. 3, 5.2., 10. 1, 10.3, 11.1, 12.1, 2. a), 15.1.b; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): arts. 17.1., 17.4., 19, 24; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: Arts. 12.1., 14.2.b, 16.1.e., 23, 24 y Convención sobre los Derechos del Niño: 3.1., 5, 12.1., 12.2, 14.1., 14.2., 16.1., 16.2., 18.1., 24.1., 27.1., 27.2.y 27.3. (122)

Como vemos sus objetivos parten de las premisas que se están manejando: La sexualidad humana. La posibilidad de amar sin procrear. La existencia de una práctica social, sus consecuencias negativas. Como desde el Estado se intenta dar una respuesta -que podrá ser superada, debatida o mejorada- pero que mientras tanto debe ser puesta en práctica perentoria e inexcusablemente. No advertir esta circunstancia, no sólo implicaría dejar sin cobertura del Estado una realidad social acuciante, sino que también puede llevar al otro extremo de la posición de quienes se oponen a su vigencia, la que intenta legalizar a ultranza el aborto. Cuando como vimos, la verdad -como generalmente lo está- se encuentra en el medio de esas posiciones. Porque, la "verdad" siempre ausculta la "realidad".

4.17.- CONCLUSIONES

1.- La sexualidad, está insita en la propia naturaleza humana, está es una verdad evidente que no sólo tiene base científica sino que se afirma en la propia naturaleza de las cosas. Pretender asociarla indisolublemente a la procreación, resulta cuanto menos a esta altura de los tiempos, un anacronismo histórico. Que, la gente se cuida a los fines de no procrear, también es una verdad que no necesita de mayores pruebas científicas. 2.- A partir

de esa verdad evidente debe ahondarse en la búsqueda de mecanismos de prevención que respondan a las necesidades de las mayorías. La ley de Procreación Responsable se inscribe en esa búsqueda. 3.- Evidentemente que el aborto no ha sido suficientemente debatido por la sociedad. Ya sea porque, no la instalan los medios, que son quienes manejan - generalmente desde sus propios intereses- la información que debe consumir o no la población. Ora, en razón del fuerte contenido religioso que tiene, en una sociedad, donde el catolicismo es la doctrina mayoritaria, y al tomar éste -al menos oficialmente- una actitud contraria a éste. También puede sostenerse que al ser mayoritariamente la opinión en contra de los doctrinarios del derecho -que también marcan rumbos en la sociedad. Tal vez, quizás, porque a la sociedad no le interesa. Pero ésta afirmación requiere, que previamente, se investigue lo que quiere la sociedad -lo que evidentemente no se ha auscultado. Y no requerimos que se investigue superficialmente, lo que aspiramos es el debate profundo, a la investigación exhaustiva, de todos los parámetros, variables o como se quiera llamar fruto de una actitud reflexiva ante tan intrincada problemática y no que responda a una actitud emotiva, en la cual precisamente debe campear la medida y la prudencia. 4.- Desde la normativa vigente una interpretación racional, sistemática y exenta de contenidos ideológicos del actual artículo 86 del Código Penal permite contener el aborto en sus justos límites, sin ensanchamientos indebidos e indeseados. Para ello sería necesario el dictado de una ley que autorice con carácter general las prácticas abortivas dentro de los supuestos contemplados en el art. 86 del Código Penal. 5.- Desde una propuesta para tener en cuenta en una futura legislación, propiciamos el modelo español, que prácticamente contempla los mismos supuestos que el código penal argentino. 6.- La ley que debe dictar el Congreso conforme el artículo 75 inciso 23 segunda parte y la ley de Procreación Responsable se inscriben en la respuesta que debe dar el Estado a la problemática del aborto.

DERECHO A LA MUERTE DIGNA

5.- CONCEPTO DE MUERTE DIGNA. OPINIONES

Blanco distingue tres hipótesis básicas de disidencia terapéutica y engloba sólo la tercera de éstas dentro del concepto de "muerte digna", esto es, *cuando un enfermo crónico francamente irrecuperable o un paciente ya "desahuciado" se negase a ser sometido a un tratamiento de suyo fútil o distanásico, ejerciendo así, vía tal disidencia terapéutica, su derecho a morir con dignidad.* (123)

Sagues trata la muerte digna dentro del derecho a la condición humana, distinguiendo el suicidio -al que no considera un derecho constitucional explícito, pero que sí puede ser insertado como acción privada, dentro de las pautas del art. 19 de la Constitución Nacional- y la eutanasia, vulgarmente llamada la muerte piadosa de enfermos terminales que desean concluir con los dolores y angustias propias de una dolencia o agonía. La segunda -señala- tiene tres variantes: *eutanasia pasiva u ortotanasia (o eliminación de los medios médicos para prolongar la vida); eutanasia activa directa (suministro al enfermo de un tratamiento que le produce la muerte) y eutanasia activa indirecta (si se le proporciona un calmante que, además de aliviarlo, le puede ocasionar la muerte).* Considera la "muerte digna", englobada en el primer supuesto. (124)

Cifuentes nos habla de "el derecho de morir", la "buena muerte" o "bien morir" (del griego, eutanasia, eu y thanatos). En su reconocido trabajo sobre derechos personalísimos opina que para que se aplique la atenuación punitiva en caso de eutanasia deben concurrir tres elementos básicos: a) el estado de la víctima o paciente que debe ser grave, o sea seriamente comprometida su salud y hasta incurable, aunque no se impone la muerte próxima ni el dolor muy agudo; b) el pedido de la víctima, serio e insistente de que se le

proporcione la muerte, que sea su deseo, lo que no puede suplirse por terceros, y c) que el médico obre motivado por la piedad pues en caso contrario sería simplemente un homicidio consentido. En un trabajo relativamente reciente realiza un nuevo aporte, sosteniendo, entre otras cosas, que toda persona mayor que padezca una enfermedad irreversible o terminal y dolorosa juzgada por él inaceptable, tiene derecho a solicitar los auxilios médicos para apresurar su muerte por suicidio o por eutanasia, determinando los requisitos para ello. (125)

Lemón excluye de su análisis el suicidio, porque el mismo excede cualquier normativa legal positiva, y la eutanasia -que no comparte- en cualquier ocasión y por cualquier motivo. *Se refiere a la ortotanasia, término al que se lo ha definido como la suspensión de toda cura en la inminencia de la muerte (o complicaciones graves irreversibles).* Una cosa es "provocar" la muerte y otra distinta "dejar" que la misma suceda según el orden natural de los acontecimientos. (126)

Calsamiglia argumenta que a pesar de las diversas ideologías, existen muchas situaciones en las cuales el valor de la vida está en juego, y que nuestras sociedades toman decisiones sobre la vida -lo cual supone que no se mantiene la sacralidad del valor vida humana-. En segundo lugar, arguye que la idea de la sacralidad dota de demasiada importancia al aspecto natural de la vida humana y que es preciso reclamar la relevancia del aspecto artificial incluso desde el punto de vista religioso. *Define a la eutanasia como la inducción de la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal.* El daño que se infringe al destinatario es la reducción de la duración de la vida, si el enfermo no es terminal, entonces no es un caso de eutanasia. Existe eutanasia si: a) se precipita la muerte; b) de un enfermo terminal, c) que la

desea, d) con el objetivo de evitar un daño mayor, e) la acción u omisión la realiza una tercera persona. (127)

Luna distingue dos situaciones: a) no realizar un tratamiento considerado fútil (lo que, si produce la muerte de la persona, se considera eutanasia pasiva) y b) ayudar a morir al paciente competente que así lo solicita, con el objeto de aliviar su sufrimiento y de evitar una muerte prolongada (eutanasia activa y suicidio asistido). Señala que una forma de intentar solucionar el problema de la eutanasia consiste en distinguir entre tratamientos ordinarios y extraordinarios. La idea es que no es moralmente obligatorio proporcionar tratamientos extraordinarios, pero los ordinarios siempre deben proveerse. Esta posición ha sido aceptada, entre otros, por la Iglesia católica. (128)

Farrell entiende por Eutanasia "el privar de su vida a otra persona sin sufrimiento físico, a su requerimiento, o al menos con su consentimiento, y en su interés" (129)

5.1.- NUESTRA OPINION

El problema de la eutanasia del griego eu: bueno y thanatos: muerte, "buena muerte" es uno de los grandes problemas bioéticos de la medicina actual, ya que la pronunciada disminución de las enfermedades fatales y de las agudas en la cultura médica moderna, han afectado los puntos tradicionales que dividían el límite entre vida y muerte. Esto lleva a la consideración de temas tales como derecho a terminar la vida dignamente o a morir dignamente, definiciones claves en éste problema. Eutanasia significa, además de "buena muerte", latu sensu, "lucha contra el sufrimiento, sin importar costos", "supresión de la vida del paciente por requerimiento propio o de familiares", "supresión del denominado encarnizamiento terapéutico" o "aplicación de medidas superextraordinarias para mantener la vida", "derecho a la propia muerte", "muerte digna", como podemos encontrar en los múltiples textos escritos al respecto, y ello vuelven ambiguos su definición y

entendimiento. Prueba acabada es la interpretación que da de la eutanasia y de la buena muerte el conocido médico, llamado "Dr. Muerte", Kevorkian. Para quien recorrió durante años los pabellones de la muerte, éste es, de los condenados a muerte, en busca de apoyo a su prédica, de que morir con dignidad para éstos seres, era someterse a una inyección letal - anestesia general-, que permitiría en vida, realizar investigaciones y extraer sus órganos para transplantes (130)

Una de las primeras cuestiones que nos planteamos, es si la "muerte digna" es un derecho del paciente enfermo o también de sus familiares. Por vía de principio, pensamos, que sólo se puede subrogar en casos extremos -estado vegetativo persistente- la voluntad del paciente. Entonces vemos que la problemática no es tan fácil. Nos planteamos otro caso: que el paciente se encuentre lúcido y no desee someterse a ningún tratamiento extraordinario, o incluso ordinario. Si el Estado puede obligar a un paciente a que reciba tratamiento, cuando sus motivos para no hacerlo fueran fútiles. La intrincada problemática de la objeción de conciencia, que si la trasladamos al paciente menor de edad se acrecienta. Nos encontramos además con un problema adicional: la actitud de los parientes y la respuesta de los médicos.

Con ello queremos demostrar que no resulta fácil elaborar un concepto de Eutanasia, ni de muerte digna, que aprehenda todos los supuestos y que genere consenso.

Por esto, entendemos que el camino correcto es acercarnos a una conceptualización del término indagando algunas cuestiones -v.g. la diferencia entre eutanasia activa y pasiva- y analizando distintos supuestos particulares, como es nuestra pretensión.

Sin perjuicio de ello, y en una primera aproximación, "morir dignamente" puede significar morir libre de dolor -en la medida de lo posible-, con la medicación y el cuidado necesarios para la tranquilidad de espíritu, siendo respetado en su dignidad humana,

excluyendo el encarnizamiento terapéutico. Esto, puede implicar el retiro de medios extraordinarios de mantener una vida inútilmente conservada, como así también, el necesario apoyo psicológico, religioso -si es el caso- del paciente y de la familia, con el objeto de que lleven lo mejor posible ese difícil trance, con lo que nos acercamos a la nueva tanatología.

5.2.- LA DIFERENCIA ENTRE EUTANASIA ACTIVA Y EUTANASIA PASIVA

Según Farrell carece de importancia la distinción entre eutanasia activa y eutanasia pasiva. Esa distinción parece referirse a la diferencia que existe entre el matar y el dejar morir, entre actos y omisiones. (131) Jonathan Glover plantea algunos ejemplos que indican la irrelevancia de tal distinción; una persona que heredará una gran fortuna cuando su padre muera, y, con esto en mente, omite darle una medicina necesaria para mantenerlo vivo, puede ser considerado como moralmente responsable. Nino ha profundizado esta cuestión. Afirma que, el punto de vista de sentido común de que, salvo, casos excepcionales una omisión es menos grave que una conducta comisiva que da lugar al mismo resultado parece estar padeciendo un rápido y profundo descrédito en el pensamiento filosófico, siendo el de Glover el trabajo en que se ha atacado con más fuerza y minuciosidad la llamada "doctrina de los actos y omisiones". En el marco del liberalismo igualitario que propone Nino para superar el falso dilema entre el liberalismo holista (representado por la economía del bienestar) y el liberalismo conservador (representado por la economía del *laissez faire*) las omisiones son asimiladas a las acciones en la medida en que un comportamiento positivo sea eficaz para expandir o para evitar que se deteriore la autonomía de algún individuo. Esta propiedad de tal comportamiento determina que él sea *prima facie* debido según el principio de autonomía, esta calificación es suficiente, según cree, para adscribir efectos causales a la respectiva omisión. Pero esto no quiere decir que haya necesariamente un

deber de realizar el comportamiento en cuestión. Cabe distinguir entre que una acción sea debida y que haya el deber de realizarla, sólo la primera calificación está presupuesta en el concepto de derecho, y ella es quizá suficiente para adjudicar a la correspondiente omisión efectos causales dañosos. Sin embargo para que haya un deber de actuar tiene que darse además la posibilidad de hacerlo, y sobre todo, según surge del principio de inviolabilidad de la persona, la ausencia de peligro de que la acción en cuestión disminuya el grado de autonomía del agente o de un tercero hasta un nivel inferior al del grado de autonomía de otro individuo que la acción tiende a preservar o expandir. (132)

5.3.- LA MUERTE. SU SIGNIFICACION

La cuestión de la muerte inmediatamente nos lleva a pensar sobre la existencia de una cultura que tiene una cosmovisión de la vida y de la muerte; que por un lado, cree o dice creer -como artículo de fe- en que la muerte implica el paso a la eternidad, el encuentro con Dios, y por el otro, valora la muerte como uno de las situaciones límites de su "vida" o de la vida de sus seres queridos. Desde ya ésta afirmación, la realizamos desde la perspectiva que implica, a nuestro entender, una de las tantas variables que hay que tener en cuenta para tratar ésta cuestión. Es decir, que tenemos que avanzar en la dirección de conseguir -dentro de lo humanamente posible- desterrar la "dramatización" de la muerte. Si observamos el fenómeno desde esa optica veremos que le bajamos -si bien no totalmente, lo que sería imposible obtener, porque en definitiva y principalmente se encuentra en juego la "persona humana" y los afectos- el nivel de angustia que implica adentrarse en la "muerte". Por eso -como luego se verá- la importancia de un derecho a la identificación de sepultura desde el punto de vista de los deudos a fin de que se pueda procesar debidamente ese paso de la vida a la muerte.

5.4.- LA VIDA. LA CALIDAD DE VIDA

Ello no implica en modo alguno dejar de reconocer el valor intrínseco de la vida humana, de su dignidad e inviolabilidad. Entendemos que, debe defenderse en la medida de lo posible, ese soplo vital, que existe en toda persona. Pero, hasta un cierto límite -siempre el tema recurrente: los límites- que no implique mantener a un enfermo con vida a cualquier precio. Y decimos, sin ningún sentido, cuando su proceso hacia la muerte es ya irreversible. Por ello, Cechetto certeramente pudo señalar "La ética normativa se ha debatido entre dos principios de ésta índole: el de la inviolabilidad de la vida humana y el de calidad de vida, presentándolos en muchas ocasiones como criterios excluyentes... Una defensa a ultranza de la inviolabilidad de la vida humana puede llevarnos a situaciones extremas y éticamente insostenibles, en las que se pide fidelidad a una existencia física meramente biológica". (133)

5.5.- LA DECISION DE LA MUERTE Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

En primer lugar, hay que distinguir si existe consentimiento o no del paciente, si éste se encuentra en condiciones de darlo o no. Si revisamos los distintos repertorios de fallos sobre distintos casos vinculados con el tema veremos que siempre subyacen esas cuestiones. (134) Ello nos plantea el tema del paternalismo, Farrell advierte esta cuestión. Recordemos que fundamenta la práctica de la eutanasia en el principio utilitarista de Mill, por lo que alegar éste principio -el paternalismo- para justificar la eutanasia en el caso que el consentimiento no ha sido prestado por anticipado y no puede ahora ser prestado -sea por pérdida de conciencia, sea por falta de edad- resultaría contradictorio. Lo que ocurre, nos dice, es que el principio de Mill no condena todas las formas de paternalismo. (135) Advertimos que en ésta sociedad moderna hiperindividualista, muchas veces olvidamos que el tener derechos implica también tener deberes, por lo que una dosis razonable de paternalismo no resulta inadecuada. Vg. no creemos que podríamos dejar a alguien que se

suicide, drogándose. Esto puede alterar los principios morales de quienes mantienen una posición estrictamente liberal pero nos vemos en la obligación de decirlo.

5.6.-TRANSPLANTES Y SOCIEDAD

En la efectiva aplicación de los transplantes se entrecruzan los intereses de los médicos, las organizaciones no gubernamentales y una burocracia sanitaria. Todos en mayor o menor medida tratan de llevar agua para su molino. Evidentemente que ello, impide que se atienda adecuadamente a los actores fundamentales de esta problemática: Los donantes y los receptores de órganos. Como en todos los órdenes de la actividad humana en éste país, lo que no depende del esfuerzo individual, la máquina de impedir trabaja a pleno. La realidad es que los transplantes se realizan en la práctica en algunos prestigiosos centros médicos. Tampoco la caída del país al lugar donde se encuentra es ajeno a esta situación, la existencia cada vez mayor de excluidos. Es por ello que, cabe plantearse "el arduo problema de la inserción de las practicas transplantológicas en un sistema sanitario cuyo nivel de atención primaria ha sido rebasado por enfermedades "emergentes", que hace poco se pensaban definitivamente erradicadas, o el de las posibilidades de acceso a esa terapéutica en una sociedad con sectores cada vez mayores de población marginados no sólo del sistema económico, sino de una asistencia sanitaria mínima necesaria para los que permanece inalcanzable o propia de una Medicina vip" (136)

Otra de las dificultades que advertimos en esta problemática es la determinación exacta de la "muerte". Mucha gente duda de donar sus órganos porque teme que eso apure la decisión de declararlos muertos. Esta percepción popular, no aparece, prima facie, como desacertada si se tiene en cuenta que existe un concepto de muerte para los transplantes. Se distingue la muerte clínica o cerebral de la muerte biológica o real. La ley 24193, de carácter nacional, rige los transplantes de órganos provenientes tanto de seres humanos

vivos como fallecidos. Esta ley adoptó el concepto de muerte clínica o cerebral exclusivamente a los fines de los trasplantes de órganos con el objeto de ser utilizados para salvar la vida de otras personas. La norma se funda en que la ablación de ciertos órganos es imprescindible efectuarla antes de que se produzca la muerte real. Es el caso de los controvertidos trasplantes de corazón, que requiere que éste no haya perdido su automatismo para poder ser implantado (137) En todo caso, para superar ésta duda, debería iniciarse una campaña de esclarecimiento, que explique bien a la gente ésta cuestión. Mientras no se lo haga y no se remuevan los otros obstáculos a los que aludimos a modo de ejemplo, la ley de transplante será letra muerta.

5.7.- LA MUERTE DIGNA Y LA COBERTURA DE LA ÚLTIMA OPCIÓN TERAPÉUTICA POR LAS PREPAGAS

En esa línea -o como diríamos: de como actúa la máquina de impedir de impedir en éste país- se inscribe el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala H en la causa "Peña de Marquez Iraola, Jacoba M. v. Asociación Civil Hospital Alemán" que entendió que un contrato de medicina prepaga no podía incluir un transplante de hígado, con la disidencia de uno de sus miembros de la que cabe rescatar la aplicación al caso de la ley de defensa del consumidor 24240, valioso instrumento de defensa de éste en su lucha desigual frente a la "Corporación", en éstos albores de siglo. Dicho fallo mereció la fundada crítica de Weingarten y Gherzi, quienes lo analizan como un caso testigo más de la expresión de la lucha entre lo económico y el hombre, entre el viejo derecho y la pretensión de un nuevo derecho más solidario, que dé respuestas al ser humano. (138) O como diríamos nosotros, manifestación de la vieja escuela "consecuencialista", que baja desde la Corte hasta los últimos peldaños del Poder Judicial -no todos- y que prescinde en sus interpretaciones de los "valores" en juego para atender las consecuencias -económicas o no- de sus fallos.

5.8.- LA MUERTE DIGNA Y EL SIDA

En nuestra aproximación al concepto de lo que debe entenderse por muerte digna, no podemos soslayar dos supuestos que entendemos deben comprenderse en este concepto. Los mismos aunque tocan -aparentemente- temas bien distintos son una manifestación más de lo que entendemos por derecho a la muerte digna o la buena muerte. El primero alude a la conversión de la excarcelación extraordinaria concedida al interno que padece HIV/Sida positivo en arresto domiciliario (139). El tema da para mucho.(140) Sólo diremos, que no es haciendo más cárceles, que se solucionará el problema de la delincuencia, como se declama en los medios. Por tanto, toda medida que tienda a dejar sin efecto, esa restricción que sufre el hombre con su encarcelamiento es bienvenida.

El segundo hace mención a la cobertura de un enfermo asintomático de sida por la empresa de medicina prepaga a la que está adherido. (141) El pronunciamiento judicial, desde una perspectiva estrictamente procesal rescata el amparo como instrumento de respuesta del derecho a una problemática hasta el momento sin solución desde el punto de vista médico. Y desde la perspectiva de la ley de fondo, los anotadores del fallo, destacan la importancia de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor como herramienta jurídica, de control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Como vemos, en el fondo ambos fallos -por eso lo de aparente- no hacen sino reconocer la esencial "dignidad" del hombre.

5.9.- LA OBJECION DE CONCIENCIA Y LA MUERTE DIGNA. QUID DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El negarse a un tratamiento médico arguyendo objeción de conciencia, en algunos supuestos puede llevar a la muerte. Es conocido el fallo de la CSJN producido en "Bahamondez" El caso pone sobre el tapete la negativa de un enfermo -testigo de Jehova- a

recibir transfusiones de sangre, fundado en la "objeción de conciencia". Tenemos algunos reparos -a riesgo que se nos tilde de paternalistas- con la solución no de éste caso en el que había desaparecido el peligro de muerte, sino por el trasfondo que a nuestro criterio subyace en él por más que pretenda hacerlo ver desde otro ángulo que coloca en la cima el derecho del paciente a recibir o no un tratamiento y con ello la muerte y si ello de algún modo no implica convalidar por el Estado el suicidio. Entramos de lleno a la intrincada problemática del consentimiento informado, en especial la capacidad del paciente para prestarlo. (142)

5.10.-LA MUERTE DIGNA Y EL ENCARNIZAMIENTO TERAPEUTICO

Finalmente y partiendo del concepto de aproximación que dimos sobre la eutanasia, traemos a colación el no por conocido siempre rico en elementos de análisis, el llamado caso Cruzan. (143)

Se pueden extraer las siguientes conclusiones del fallo: 1) Al momento en que se plantea el caso "Nancy Cruzan", se estimaba que había en los EEUU mil pacientes en ese estado, con tratamientos de sostén artificial de las funciones vitales (como la respiración, la función reparadora del riñón, etc). El planteo consistió en un pedido de interrupción de tratamientos de sostén de vida, primer caso llegado a los estrados de esa Corte. Nancy se encontraba en "estado vegetativo persistente"; 2) Se entiende por estado vegetativo a la situación de una lesión cerebral grave, en la que los pacientes si bien no están en muerte cerebral, no son capaces de recobrar vida cognitiva; presentan una patología de base que en su evolución ordinaria, conduce a la muerte. Tienen destruida la corteza cerebral y, por ende, son incapaces de sufrir; 3) Los empleados del hospital se rehusan, sin autorización de la Corte Judicial, a acceder al pedido de los padres, de finalizar con su nutrición e hidratación artificial, debido a que de ello derivaría su muerte; 4) La Corte por cinco contra

cuatro, resolvió denegar la autorización de retirar el tubo de gastrostomía, a través del cual la paciente se hidrata y alimentaba artificialmente; La mayoría consideró que una persona competente -capaz- tiene un derecho fundamental para rechazar o requerir el retiro de procedimientos de prolongación de la vida, coincidiendo en ello con autorizadas opiniones, según las cuales existe un derecho constitucional de rehusar un tratamiento médico por parte de una persona capaz -competente según la Corte- aunque ello pusiere en peligro su vida. Esa manifestación de voluntad debe ser clara y convincente -una evidencia absolutamente clara y convincente de la voluntad anterior de la paciente-. Recordemos que Cruzan había manifestado a un compañero que no desearía seguir viviendo en caso de enfermedad o sufrir un accidente, salvo si pudiera vivir por lo menos seminormalmente. La Corte consideró que no existía esa manifestación de voluntad clara y convincente y que al no existir no podía ser subrogada por la voluntad de los padres. La minoría analiza que todo tratamiento médico debe ser analizado desde la óptica del beneficio potencial para el paciente, que el sostén vital no le ofrece beneficio alguno, invocando la autoridad de la President's Commission referida a la suspensión del soporte vital en caso del estado vegetativo persistente. Hooft y Manzini, señalan que éste caso implicó un retroceso respecto de lo avanzado por la jurisprudencia a partir de caso de Karen Quinlan. Traspolado el supuesto a nuestro derecho entienden -criterio que compartimos- que no constituye un supuesto de eutanasia el retiro del sostén vital. Hasta éste punto -creemos- que en mayor o menor medida todos estamos de acuerdo. Más allá surgen los problemas, aunque es pertinente, si cruzar una línea que vaya más allá resulta necesario. No olvidemos que si bien es importante la vida de una persona, también lo es "como vive". Es dable remarcar que las críticas que mereció el fallo de Corte, la llevaron a recibir "prueba suplementaria" sobre la presunta voluntad de Nancy "de no querer vivir" en las circunstancias en las que se

encontrara luego de su grave accidente, y luego de producida ésta autorizar la suspensión del tratamiento, produciéndose poco tiempo después su muerte.

5.11.- NECESIDAD O NO DE REGULACION LEGAL. AUTORIZACION GENERAL A LOS JUECES. MODELO URUGUAYO

Como vemos la problemática de la eutanasia es ardua, compleja, y no ofrece a simple vista soluciones fáciles. De arribarse en algún momento a un consenso en la sociedad en que resulta necesario legislar sobre el tema, entendemos que deberá dictarse una norma general de autorización a los jueces, para aquellos supuestos excepcionales y de interpretación estricta que puedan producirse. Fundamentamos ésta autorización, en dos razones: a) Los médicos no pueden autorregularse, es necesario una regulación externa. b) serán los jueces, quienes con todos los elementos de prueba del caso quienes podrán expedirse con mayor conocimiento de causa, en los difíciles y traumáticos casos que lleguen a su decisión. También puede considerarse el dictado de una norma como la que contiene el Código Penal Uruguayo. (144)

5.12.- CONCLUSIONES

1.- En principio, interpretamos el término "Eutanasia" como el derecho a morir con dignidad, con los tratamientos ordinarios, tendientes a evitar en lo posible el dolor del paciente en grave estado, sin encarnizamientos terapéuticos, promovidos a fin de mantener con "vida", una existencia cuasi vegetativa. Por lo que alcanza a los supuestos de retiro del soporte vital en cuando existiera un estado vegetativo persistente, sin viabilidad de recuperación. Por lo que nuestro concepto se aproxima a lo se conoce como "ortotanasia".

2.-Consideramos que debe instalarse el tema de la "eutanasia" en la sociedad. No para hacer un circo mediático, sino para incorporar elementos de reflexión y de juicio, elaborar un diálogo entre los diversos actores sociales. De tal modo, llegar a una fórmula

de consenso. Ante todo, determinar si es o no necesaria una legislación que contemple la eutanasia.

3.- Si se concluyera que resulta necesario legislar sobre la "eutanasia" ésta debiera tener en consideración la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona human. Para ello, deberá: a) priorizar el "consentimiento expreso" del requirente. Para el caso que no exista manifestación expresa de voluntad, deberá tenerse sumo cuidado en la búsqueda de criterios razonables para "subrogar" esa voluntad. b) Definir expresamente lo que se entiende por "eutanasia". c) Una norma de autorización a los jueces para que sean éstos quien en última instancia y en casos excepcionales se expidan sobre éstas prácticas.

DERECHO A LA IDENTIFICACION DE SEPULTURA

6.- INTRODUCCION

El alfa y omega del hombre, como persona humana, ésto es, su derecho a nacer y su derecho a morir con dignidad quedaria inconcluso, si no afirmáramos la existencia de un derecho a la identificación de la sepultura de ese hombre. Afirmer que, desde el instante que nace tiene un derecho al nombre, a que se lo identifique, trae como lógica consecuencia, que luego del instante final, cuando ya se ha declarado oficialmente la muerte de una persona, pueda identificarse su sepultura. Una de las cosas que define al hombre como tal y lo diferencia de los animales, es la conciencia que tiene de la muerte como certidumbre, que le hace buscar su nombre propio. Conocer la muerte -propia o ajena- implica juntamente descubrir lo que cada cual tiene de único (su vida irrepetible) y lo que todos tenemos en común, la genérica muerte, ambas cosas están inextricablemente unidas, porque lo que enfatiza nuestra peculiaridad personal es la seguridad de que se trata de una ocasión momentánea, destinada a extinguirse sin remedio ni retorno y por eso mismo fieramente preciosa (145)

El derecho a la identificación de sepultura, se inscribe dentro de un plano más amplio que indaga si el derecho debe ocuparse del "sujeto" (persona jurídica abstracta) o de la "persona" (sujeto social contextuado) El derecho condiciona los derechos y obligaciones que el concebido adquiere a que nazca con vida. ¿No hay, acaso derecho a la sepultura con un nombre? ¿no hay un derecho al luto por alguien, al azar, persona humana? Las cosas se depositan, los seres humanos se sienten (146)

6.1.- NOMBRE, RECUERDO E IDENTIDAD

No en vano, la herida que han abierto en la sociedad argentina, la existencia de los llamados "desaparecidos" y la lucha de sus familiares para ubicar donde yacen. Es que, eran personas y fueron tratados como cosas. Nos enteramos que el equipo argentino de antropología forense reiniciará en los próximos días la exhumación de cadáveres de personas desaparecidas durante la última dictadura militar, en fosas descubiertas en 1984 en el cementerio del barrio cordobés de San Vicente, los trabajos iniciados el mes pasado, para la identificación de los cadáveres y precisar la causa de las muertes, forman parte de la causa judicial "averiguación de enterramientos clandestinos. El nombre propio -y más en general toda nominación de un individuo o de un conjunto de individuos- es una forma de control de la alteridad ontológica del sujeto o de la alteridad representada de un grupo. Una forma de control que no busca reducir esa alteridad sino tomar nota de ella, e incluso, en ciertos casos restaurarla. "Lugar de la inscripción social del grupo en el sujeto", "descripción abreviada" socialmente reconocida de una persona, el nombre es siempre una apuesta identitaria y memorialista. Es que, todo deber de memoria pasa en primer lugar por la restitución de los nombres propios. Borrar el nombre de una persona de su memoria es negar su existencia misma; reencontrar el nombre de una víctima es sacarla del olvido, hacerla renacer y reconocerla devolviéndole un rostro, una identidad. (147)

Otro supuesto al que cabe aludir es el de los muertos en combate y, en nuestro país, el de los caídos en Malvinas, que tienen un monumento en Bs. As., donde solamente están inscriptos sus nombres y sin embargo es lugar de encuentro, de visita, y de homenaje a los caídos.

Por supuesto, que si bien éstos constituyen los casos más paradigmáticos y que inmediatamente nos vienen a la mente, debe afirmarse que éste derecho le pertenece a

cualquier hombre por el hecho de ser tal. El que vive en la Recoleta y el que vive en La Cuesta de Lipán.

En esa línea de pensamiento se inscribe Ciuro Caldani (148) para quien uno de los derechos humanos fundamentales es participar en la construcción del propio nombre. A la luz de la reforma constitucional de 1994 y en especial de los tratados con jerarquía constitucional, el derecho al nombre y sus proyecciones en la personalidad y la familia, que son aspectos del desarrollo humano protegidos de manera reiterada, resulta particularmente fundado.

6.2.- LEY DE IDENTIFICACION DEL RECIEN NACIDO

El primer paso para la configuración de la identidad del niño debe ser dado en el momento de su nacimiento. Siendo que éste naturalmente está ligado a la madre, la determinación de tal vínculo biológico debe asegurarse en su integridad. En tal sentido en el orden nacional se promulgó la ley 24.540 (mod. por ley 24.884) que organiza el "Régimen de Identificación del recién nacido"

6.3.- DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Entre los tratados que aluden a éste derecho puede mencionarse: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. XVII; Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 24.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica): art. 3, art. 18; Convención sobre los Derechos del Niño: art. 7.1., Art. 8.1. (149)

6.4.- LA ARQUITECTURA DE LA MUERTE

El hombre se resiste a la muerte, cuando ése es su destino. Desde la religión se ha intentado superarla, argumentando que con ella en realidad comienza la vida. Se levantan monumentos para conmemorarla, las pirámides que hicieron construir los faraones se

erigieron con ese fin y como una manifestación del poder que ejercieron sobre sus súbditos. Savater -nos dice- que de la presciencia de la muerte -propia, ajena- como certidumbre inexorable brota el espíritu y que surgido de la presciencia de la muerte, el espíritu humano lucha contra ella. Todas las sociedades y sus culturas han sido complejos dispositivos para combatir contra la muerte, negando el alcance de sus efectos ya que es imposible negar su realidad misma, definiendo con maestría lo que nos angustia de la muerte, que es lo que se pierde con ella: "Lo que teme perecer en la muerte es lo mismo que surge de la conciencia de que la muerte lo hará perecer: nuestra individualidad personal" (150)

6.5.- LA IMPORTANCIA DE LO SIMBOLICO. EL DERECHO COMO LENGUAJE

Cuando en relación al artículo 20 del Código Civil, asumimos al sujeto de derecho como persona ignorante del sistema cultural del derecho y le permitimos excusarse, negandonos a admitir su condición de sujeto formal cognoscente, estamos reconociendo y reafirmando que el derecho es un lenguaje, producto de un proceso de culturización. Y es que, lo que venimos tratando de demostrar a lo largo de éste trabajo, es que lo único a tener en cuenta es el sujeto real, y su entorno real, la cultura donde se desenvuelve. No olvidemos que "Para comprender un término ya no basta con saber a que se refiere, como en la lógica de Frege; hay que conocer ahora, la lengua en la cual se pronuncia, y en última instancia, ser hablantes de la misma: participar en fin, de una cultura". (151)

6.6.- LO QUE QUEDA DESPUES DE LA MUERTE

En ese marco se inscribe la discusión de si el cadaver, es o no cosa. Algunos autores le niegan carácter de cosa para ponerlo fuera del comercio. Otros dicen que es lícito que sea objeto de ciertos contratos por razones científicas o médicas, vg. vender huesos esqueletos con fines de estudio. Otros lo consideran una cosa -pues es un objeto material susceptible

de valor- pero opinan que ese valor no significa simplemente apreciación pecuniaria y consentir sin más que éste incluido en el comercio, podrá ser objeto de algún acto jurídico en la medida que éste no sea prohibido, ni contrario a las buenas costumbres (152) Nosotros pensamos -aunque reconocemos que lo hacemos más desde lo simbólico- que puede hablarse de una personalidad residual después de la muerte que permite a los deudos decidir sobre su destino, velar por el muerto porque la personalidad exige consideración después del deceso. Se crearía un derecho de familia para disponer el destino del cadáver, hacer un entierro adecuado, determinar el epitafio y excluir las intromisiones de los que no tienen derecho (153)

Aunque existe consenso en la doctrina que, en principio, la persona puede disponer del destino de su propio cadáver, es decir, su forma de inhumación, cremación, donación con fines científicos, etc., y su voluntad será respetada siempre y cuando no haya motivos lo suficientemente importantes que permitan contradecir la voluntad del difunto. (154)

6.7.- EL CULTO A LOS MUERTOS

La relación de los pueblos con la muerte refleja la importancia que le dan a la vida, la representación que tienen de ésta. Cabe destacar a lo largo de la historia de la humanidad los mitos, ritos, ceremonias y creencias vinculados con el culto a los muertos. Los egipcios que creían en la reencarnación, embalsaman el cadáver para conservarlo y le dedicaban tumbas denominadas "moradas eternas", a las que conferían mayor importancia que a las cosas de los seres vivos, la vida era un paso transitorio. El cristianismo acentuó el sentido religioso de los enterramientos y del contacto con el cadáver. Su respeto proviene fundamentalmente del dogma católico de la reencarnación de las almas.

En la Provincia de Jujuy, es particularmente intenso el tributo que se le brinda a los muertos y revela la concepción ideológica de ese "sujeto social contextuado", que hablamos

al comienzo. Muestra acabada que el que se entierra es "Don Luis" y no "Alguien".
"Velatorios y entierros con gran solemnidad; contrucciones de cruces o piañas en lugares
donde ocurrió la muerte; novena, lavatorio, rezo de las nueve noches y despacho;
celebración de cabo de año y sacada de luto; ceremonia de esperar a las almas en
noviembre.(155)

Así como para los yamanas, los indios de tierra del fuego cuando una persona se
muere dicen que se perdió, para la cultura aymara resulta importante que a los muertos se
ponga sentaditos, como si estuvieran descansando, porque ellos viven en sus propias tierra.
Y se consideran incompletos cuando son enterrados bajo tierra, porque según su cultura,
cuando una persona es enterrada debajo de la tierra, muere su alma (156)

DERECHO AL RECUERDO FAMILIAR Y SOCIAL

7.- INTRODUCCION

La memoria -mnemosina, la diosa griega de la memoria-, en su doble dimensión: su solana -el recuerdo- y su zona umbría, es decir, lo opaco, oscuro, olvidado, resulta fundamental, para afirmar que el hombre es hombre, en tanto sin memoria el sujeto se sustrae, vive únicamente el instante, pierde sus capacidades conceptuales y cognitivas.

Desde esa perspectiva, puede sostenerse que la existencia de un derecho al recuerdo familiar y social -sea desde su núcleo primario o bien desde lo grupal- resulta consustancial con esa necesidad imperiosa del hombre, de superar el momento, el instante, para trascender hacia lo duradero. Los grupos y las sociedades construyen su identidad jugando permanentemente con los dos registros: por una parte, el deber o necesidad de memoria (la biblia recuerda éste imperativo decenas de veces: "Recuerda") que puede ser una condición del intercambio y de la reciprocidad; "Recuérdense y me acordaré de ustedes" (Corán II, 147); por otra parte, el deber o la necesidad de olvido ("no piensen más en los hechos pasados" Is. 43,18). (157)

Tan es así, que también podemos hablar - ya desde una formulación más amplia de los derechos reproductivos a la que dieramos en la introducción- que la utilización del hombre de su memoria y su solana, el recuerdo, le permite la reproducción del conocimiento, del saber teórico y del saber práctico mediante la transmisión social. En tal sentido puede sostenerse que el hombre se reproduce no sólo biológicamente, sino también espiritualmente. De lo contrario no existiría la cultura. El hombre además de una conciencia primaria, dispone de una conciencia de orden superior, capaz de intencionalidad, y del lenguaje, gracias al cual puede conceptualizar y comunicar su experiencia. Esta ventaja del

hombre sobre el animal le permite tener conciencia de su memoria en tanto tal, actuar para mejorarla e incluso para emanciparse de ella. También hace posible una memoria simbólica y semántica que permite la elaboración de representaciones del pasado y del futuro, expresiones ideales de la domesticación concreta del tiempo. Finalmente, es el origen de las creencias, de los mitos y de las teorías (filosóficas, psicoanalíticas, psicológicas, antropológicas) en relación con la memoria (158).

7.1.- CULTURA Y ANTROPOLOGIA.

Hemos visto que mediante el ejercicio de la memoria, el hombre crea lo que se denomina cultura. Cultura deriva de cultivo, porque todo cultivo está ligado a la idea de la obtención de un fruto. Cada construcción o creación humana es el fruto del aprovechamiento que sus dones intelectuales realizan a los hombres. En ese sentido, lo cultural es lo opuesto a lo natural. Es el producto del espíritu. Desde una perspectiva antropológica, cuando se alude a cultura humana, normalmente se hace referencia al estilo de vida total, socialmente adquirido, de un grupo de personas, que incluye los modos pautados y recurrentes de pensar, sentir y actuar. Ella nos permite, siguiendo la estrategia del materialismo cultural -una de las estrategias alternativas de investigación- comprender, por ejemplo, los cambios que se están produciendo en las relaciones entre los sexos en EEUU y en otras naciones industrializadas. Como todo el mundo sabe, las últimas décadas han conocido un incremento en las relaciones sexuales prematrimoniales, en el número de parejas que viven juntas sin estar casadas y en el número de parejas casadas que no tienen hijos o sólo tienen uno. Desde la investigación efectuada siguiendo la estrategia del materialismo cultural, no basta con atribuir éstos cambios a modificaciones en las ideas y valores en torno al sexo, el matrimonio y la familia. El problema consiste en descubrir porque han cambiado estas ideas y valores. Los actuales cambios en los roles sexuales son

interpretados como respuestas a factores infraestructurales como la transición de una economía agrícola a una industrial, el coste creciente de la crianza de los niños, la disminución de los costos de la anticoncepción y la necesidad de dos sueldos por unidad doméstica para mantener los niveles de consumo de la clase media. (159)

7.2.- LA IDENTIDAD CULTURAL ARGENTINA

Se llama cultura nacional a la que es propia de una nación determinada, se dice que nuestro país posee una identidad cultural que se expresa de diferentes maneras: nuestra forma de vida, el modo de relacionarlos, las arraigadas costumbres que vienen del pasado, las tradiciones históricas comunes a cada uno de nosotros, la obra de nuestros estadistas, etc. Cabe preguntarse si existe una identidad cultural argentina y en su caso, si no es precisamente esa carencia la que no hace estar como estamos, y también ser como somos.

7.3.- STATUS DEL RECUERDO

Existen dos enfoques diferentes en la obra de Freud. El primero es del "realismo de la memoria": la imagen registrada en la memoria es concebida como el reflejo fiel del hecho pasado y solamente la extracción de ésta imagen provoca su deformación. El segundo enfoque, que con frecuencia se denomina "subjetivismo de la memoria", afirma que desde la fase de adquisición (o codificación), la imagen en la memoria difiere del acontecimiento registrado, diferenciación que puede acentuarse en el momento de la extracción del recuerdo. Aunque Freud vaciló durante mucho tiempo entre estas dos teorías, parece haberse alejado más rápidamente de la primera. (160)

7.4.- MEMORIA E IDENTIDAD

En oportunidad de abordar el derecho a la identificación de sepultura tuvimos oportunidad de esbozar la relación entre el nombre y la identidad. Al respecto, resulta necesario, avanzar sobre el derecho a la identidad personal y distinguir, su faz estática y su

faz dinámica. La primera es todo lo que haga a la identificación, el nombre, la imagen, el sexo, el estado civil, son sus signos externos que en principio son siempre los mismos con la lógica modificación, que no altera el principio general (como envejecer). La segunda, es lo que uno es, frente a los demás, lo soy por mi cultura, buen gusto, ideología; es una proyección de mi verdad personal en su consideración intersubjetiva. Mi identidad sociocultural y la tutela de éste derecho está destinada a que los demás respeten esa verdad objetiva. (161) Con ello, queremos puntualizar que el derecho de identificación a la sepultura -en uno de sus aspectos- aborda el derecho a la identidad desde la faz estática -el nombre-, en tanto el derecho al recuerdo familiar y social lo hace desde la faz dinámica del derecho a la identidad, al contemplar la persona y lo que ahora es, lo que ha logrado ser -su verdad personal- gracias al transcurso del tiempo y el ejercicio del recuerdo, lo que forma parte del patrimonio cultural de una persona.

Ninguna existencia escapa a esta condición, estamos "condenados al tiempo". El flujo de los tiempos amenaza a los individuos y a los grupos en su mismo ser. Cabe preguntarse entonces, como librarse de la ruina universal con la que amenaza a toda vida. La memoria ofrecerá la ilusión de esa posibilidad, lo que pasado, no ha desaparecido definitivamente porque es posible hacerlo revivir gracias al recuerdo. A través de la retrospección, el hombre aprende a soportar la temporalidad: reúne los vestigios de lo que ha sido para construir una nueva imagen de lo que es, que acaso lo ayude a afrontar su vida presente. La memoria nos labra y nosotros, por nuestra parte la modelamos a ella. Es la memoria, se afirma, la que viene a conformar la identidad, tanto a nivel individual como a nivel colectivo. Así, rehabilitar la memoria de una persona desaparecida equivale a rehabilitar su identidad. (162)

7.5.- IDENTIDAD Y DIVERSIDAD

El reconocimiento de la lucha entre la concepción que señala que el derecho debe ocuparse del sujeto -persona jurídica abstracta- y la que opina que debe atenderse a la persona -sujeto social contextualizado- ha alcanzado jerarquía constitucional, con la sanción del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. (163) Así, como puede sostenerse la existencia de una identidad general del pueblo argentino -o en todo caso cuestionarnos sobre su vigencia o no- existen identidades grupales, tales como la de los indígenas. Gil Dominguez (164) al analizar los alcances de esta cláusula de garantía institucional, señala certeramente que se debe analizar la idea de desarrollo humano a la luz de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y no con los moldes del desarrollo económico dirigido únicamente a la producción y a la participación en el mercado. Por supuesto que la aceptación de la diversidad no implica, convalidar lo que en cualquier grupo humano no puede ser tolerado. Scarvino (165) se pregunta donde terminan las diferencias culturales y donde comienza la violación de los derechos humanos más elementales. El canibalismo es una práctica universalmente condenada. La circuncisión del clitoris -infibulación- en algunas culturas africanas es un acto bárbaro y aberrante.

Durante 1993 y 1994 un equipo de científicos extranjeros recorrió varias provincias argentinas para tomar muestras de sangre de individuos pertenecientes a distintas comunidades aborígenes. Las comunidades indígenas de los lugares donde se efectuaban las investigaciones reaccionaron airadamente interrumpiendo las investigaciones. La alarma de los indígenas obedece al conocimiento que en 1986, los genetistas de países desarrollados acordaron que las técnicas de análisis del ADN -material genético que conserva la información sobre todas las características y funciones del ser vivo al que pertenecen- habían ya avanzado lo suficiente como para posibilitar la empresa de relevar la posición de todos los genes -fragmentos de ADN que contienen información sobre una

característica determinada vg. el color de los ojos- que componen el genoma del ser humano -es decir, el conjunto de todos sus genes- y conocer su composición química. Programa conocido como Proyecto Genoma Humano, que presenta zonas oscuras. No se sabe a ciencia cierta si las investigaciones estaban vinculadas a ese aspecto de ese proyecto, pero se entiende las prevenciones de los indígenas. (166)

7.6.- RECUERDO FAMILIAR E IDENTIDAD

El contacto, el afecto, las relaciones cotidianas generan odios o amores. Ello dependerá de la dinámica familiar. No hay un ambiente en el que la personalidad de cada hombre se encuentre más resaltada, pero es también un ambiente cerrado en el seno del cual, en ocasión de los contactos cotidianos en los que entramos unos con otros, nos examinamos largamente y bajo todos nuestros aspectos, lo que puede favorecer la emergencia de un recuerdo o memoria familiar. La memoria familiar sirve de principio organizador de la identidad del sujeto según diferentes modalidades. Por un lado, intervienen la comunidad de ciertos recuerdos y olvidos -los de los muertos en particular- o más exactamente- la comunidad de la voluntad de comunidad. La reminiscencia común y la repetición de ciertos rituales -comidas, fiestas familiares-, la conservación colectiva de saberes, de referencias, de recuerdos familiares y de emblemas -fotografías, lugares, objetos, papeles de familia, olores, canciones, recetas de cocina, patronímicos y nombres de pila- así como la responsabilidad de la transmisión y del contenido de las herencias materiales e inmateriales son dimensiones esenciales del sentimiento de pertenencia y de los lazos familiares que hacen que los miembros de la familia quieran considerarse como una familia. Por otro lado, juega la visión particular de cada miembro de la familia respecto del pasado familiar, cada individuo le da su impronta a ese recuerdo familiar, que puede ser única y distinta a los otros miembros.(167)

7.7.- FUNDAMENTO NORMATIVO DE ESTE DERECHO

Vinculado en especial al acceso a la cultura, a los beneficios del progreso científico, la protección de la familia, como entidad distinta a la sociedad y susceptible de tener derechos y del niño, en el plano cultural, brindándole la oportunidad de promoverse humanamente por medio de la educación. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Art. VI, Art. XIII; Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 16.3., art. 27.1.; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 10.1., Art. 13. 1, Art. 15.1. ; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): art. 17.1.; Convención sobre los Derechos del Niño: art. 17, art. 28.1. (168)

7.8.- EL NIÑO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Ex-profeso dejamos fuera de la consideración de ésta vinculación de los derechos del niño con la identidad biológica y cultural, del punto anterior porque entendemos que merece un párrafo aparte. El nuevo art. 328 de la ley 24779 (169) brinda al niño adoptado la posibilidad de acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años de edad. Este artículo no hace sino reafirmar la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño en lo relativo a la protección del derecho de identidad del niño, en su elemento dinámico, el bagaje ideológico-cultural de su personalidad.(170) Puede parecer una contradicción hablar del derecho del niño adoptado -normalmente abandonado-a conocer su origen. Más, la historia familiar se construye de recuerdos y olvidos, de momentos buenos y momentos malos. Y existe casi siempre una búsqueda irrefrenable por parte del ser humano de conocer sus orígenes. (171) Aunque en la adopción, "la identidad del niño no está referida únicamente a su origen, no constituyéndose éste en el dato más relevante a los efectos de resolver sobre su destino, sino que aquella debe abarcar la totalidad del desarrollo

incipiente del menor, e incluso su prospectiva, puesto que es el conjunto de estos elementos el que va a permitir establecer aquella identidad" (172)

7.9.- OTRAS PERSPECTIVAS

También podemos insinuar distintos tópicos vinculados con éste derecho -que el marco de éste trabajo no nos permite abordar- tales como la protección del medio ambiente. Indagar sobre la necesidad o no de legislar sobre su protección. El debate que plantea el avance científico y el respeto del medio ambiente. El genoma humano como patrimonio genético de la humanidad y la cuestión de las patentes. Tomamos conocimiento que la ciencia genética ha abierto una inesperada puerta al historiador. Resolver el enigma del origen humano o dilucidar la genealogía de Cristóbal Colón -nos dicen- ha dejado de ser un imposible. (173)

7.10.- CONCLUSIONES

Para terminar nuestra tarea, y éste somero vuelo sobre los derechos reproductivos del hombre, estimamos necesario, efectuar las siguientes conclusiones:

- 1.-Cuando hablamos de los derechos reproductivos -su reconocimiento, ejercicio, promoción- no podemos concentrarnos exclusivamente en el dato jurídico y resulta insoslayable abordarlos desde el aporte de las distintas ramas del conocimiento. Lo ideológico es un dato cuya importancia no puede negarse.
- 2.-Los derechos reproductivos han obtenido reconocimiento normativo nacional y supranacional, pero su efectiva vigencia dista bastante de lo normado. Para ello, resulta necesario que se instrumenten políticas de inclusión social.
- 3.-El derecho a nacer -como primera manifestación del derecho a la vida- tiene protección en el ordenamiento jurídico argentino -tanto constitucional como infraconstitucional.

4.-La protección del derecho a nacer no implica necesariamente que deba realizarse exclusivamente mediante la vía de la incriminación penal del aborto.

5.-El derecho a nacer sufre algunas restricciones en determinados y especiales supuestos que deben ser interpretados restrictivamente.

6.-Desde la normativa vigente una interpretación racional, sistemática y exenta de contenidos ideológicos del actual artículo 86 del Código Penal permite contener el aborto en sus justos límites sin ensanchamientos indebidos e indeseados. Para ello sería necesario el dictado de una ley que autorice con carácter general las prácticas abortivas dentro de los supuestos contemplados en dicho artículo.

7.-Desde una propuesta para tener en cuenta en una futura legislación, propiciamos el modelo español, que prácticamente contempla los mismos supuestos que el código penal argentino.

8.-La ley que debe dictar el Congreso conforme el artículo 75 inciso 23 segunda parte de la Constitución Nacional y la Ley de Procreación Responsable se inscriben en la respuesta que debe dar el Estado a la problemática del aborto.

9.-Nuestro concepto de "muerte digna" se aproxima a lo que se conoce como "ortotanasia".

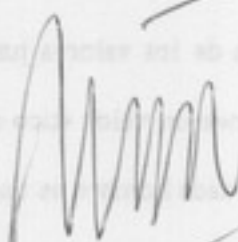
10.-La eutanasia debe debatirse en la sociedad y si concluyera que resulta necesario legislar sobre ella, la normativa proyectada debería tener en consideración la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana.

11.-El derecho a la identificación de sepultura, se inscribe dentro de un plano más amplio que indaga si el derecho debe ocuparse del "sujeto" (persona jurídica abstracta) o de la "persona" (sujeto social contextualizado).

12.-El nombre propio -y más en general- toda nominación de un individuo o de un conjunto de individuos, es una forma de control de la alteridad ontológica del sujeto o de la alteridad representada del grupo.

13.-La existencia de un derecho al recuerdo familiar y social resulta consustancial con la necesidad imperiosa del hombre de superar el momento, para trascender hacia lo duradero. Para generar la cultura y para construir su propia identidad.

14.-Los derechos a la identificación de sepultura y al recuerdo familiar y social ayudan a la construcción de la identidad personal: el primero, en su faz estática, la identificación, el nombre. El segundo en su faz dinámica, lo que somos frente a los demás, por nuestra cultura, buen gusto, ideología. Nuestra identidad socio-cultural.



Dr. RICARDO GRISETTI
AGENTE FISCAL
Juzgado de Menores N° 3

NOTAS

- (1) Infesta Domínguez, Graciela-Manzelli, Hernán M. "El estudio de la participación del varón en la salud reproductiva: notas para la discusión" en "Salud y Población. Cuestiones sociales pendientes", p. 69, Espacio Editorial, Bs. As., 1998.
- (2) citado por Castaño Restrepo-Weingarten-Lovece-Gherzi en "Contrato médico y consentimiento informado", Editorial Universidad,
- (3) Gherzi, Carlos A. "Derecho Civil. Parte General" pág. 4, Astrea, Bs. As., 2002.
- (4) Laclau, Martín, "La fundamentación filosófica de los derechos del hombre", en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", N° 12, p. 9, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992.
- (5) Bidart Campos, Germán en "Los fundamentos filosóficos de los derechos del hombre en la Constitución Argentina" en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", N° 12, p. 32, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992. apunta: "...por encima de los valores jurídicos (no sé si filosóficamente es muy ortodoxo lo que yo me animo a postular), planea un valor ético superior que es el valor personalidad, anidado en cada ser humano por el hecho de que cada hombre es una persona, y a ese valor ético superior a los valores jurídicos se reconduce todo el plexo de los valores jurídicos...; el desarrollo de la personalidad que Goldschmidt, por ejemplo, subsume en el valor justicia cuando dice que el principio primero de justicia es precisamente el de facilitar que cada hombre se desarrolle como persona, o sea que despliegue este valor que lleva en sí en potencia, y que durante toda la vida, a través de un quehacer cotidiano que es una tarea cultural, debe procurar con la mayor perfección..."
- (6) Hernández, Héctor H., "Derecho Subjetivo-Derechos Humanos. Doctrina Solidarista", Abeledo Perrot, Bs. As., 2000.
- (7) Nino, Carlos Santiago "Ética y derechos humanos. Un ensayo de Fundamentación", p. 305, Astrea, Bs. As., 1989. Señala, que esos problemas consisten, por un lado, en la solución de situaciones de conflicto entre derechos de diferentes individuos, y, por otro lado, en la determinación del alcance de los derechos en cuestión.
- (8) Nino, Carlos Santiago, ob. cit. pág. 25 y siguientes. Para ello se plantea siguiendo las distinciones de Hohfeld respecto del concepto de derecho subjetivo. Esto es: a) como ausencia de prohibición, b) como

permisión directa, c) como correlato de obligaciones activas o pasivas de otros, d) como demanda y e) como inmunidad. Para culminar proponiendo la caracterización de derecho subjetivo moral propuesta por Mac-cormick con las modificaciones que sugiere: *"Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso"*.

(9) Rodolfo Vazquez (comp.) "Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo", p. 11, Gedisa Editorial, Barcelona, 1998.

(10) Bergel, Salvador Dario, en "Libertad de Investigación y responsabilidad en el campo de la genética humana" en "Bioética y Genética", p. 39, Ciudad Argentina, Bs. As., 2000.

(11) Florencia Luna, en "Investigación en seres humanos y sida", en "Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales", Rodolfo Vazquez (compilador), p. 112, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

Señala que si hacemos una reconsideración de los puntos que códigos de ética plantean veremos que están presentes: a) el consentimiento informado; b) la posibilidad de retirarse de la investigación si así lo desea, c) la idea de un comité independiente del investigador y la entidad patrocinadora o la propuesta de un representante de los pacientes, d) el cálculo riesgo-beneficio y e) un buen diseño científico.

(12) Aparisi Miralles, A. "Manipulación genética en seres humanos: posibles mecanismos de control". E.D. n. 9555, 31/7/98, ps. 1/4 plantea tres posibles vías de control de la actividad de los científicos en el ámbito de la manipulación genética de seres humanos: a) autocontrol deontológico (sistema de autodisciplina profesional; b) control internacional: Convención sobre Bioética de 1997, elaborada por el Consejo de Europa; Protocolo adicional a la Convención sobre Clonación Humana elaborado por el Consejo de Europa; "Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos de las Personas" aprobada por la UNESCO y la "Declaración Iberoamericana sobre Ética y Genética" y c) Control Jurídico interno: mediante la adopción de un sistema de garantías administrativas o la protección penal.

(13) Blanc G. de Scapellato, Susana B. "Bioética: cuando comenzamos a vivir", J.A. 1999-III-1012 acota que los problemas que plantea en la post-modernidad la bio-tecnología, desde el punto de vista de su dimensión jurídica, han puesto de relieve la existencia de lagunas normativas en el ordenamiento jurídico, llevando a

algunos autores a definir la existencia de una rama jurídica denominada Bio-derecho, que justamente se ocupa de los contenidos propios de la bioética (inseminación artificial, fecundación extracórporea, cesión de vientres y de esperma, aborto, consentimiento informado, sida, prácticas eutanásicas, etc)

(14) Rifkin, Jeremy, "El siglo de la biotecnología, p. 12, Editorial Crítica, Barcelona, 1999 relata que en un congreso celebrado en California en 1975, 140 biólogos se reunieron para considerar los riesgos medioambientales y sanitarios de los experimentos de ADN recombinante. La prensa informó que la mayoría se oponían a toda regulación de su trabajo. En el interín hablaron unos abogados de la responsabilidad legal de los investigadores que creasen productos biológicos peligrosos. Un profesor de derecho brindó una charla titulada "Aspectos convencionales de la ley y como pueden complicarle la vida en forma de digamos, una querrela de unos cuantos millones de dólares". Triunfó un interés económico, en la clausura del congreso, la asamblea científica aprobó un programa de seguridad.

(15) Garrafa, Volnei y Mauro Machado do Prado "Cambios en la declaración de Helsinki: fundamentalismo económico, imperialismo ético y control social". J. A. 2001-IV-1228.

(16) Zygmunt Bauman, "La Globalización. Consecuencias humanas", p. 112, Fondo de Cultura Económica, San Pablo, 1999.

(17) Castoriadis, Cornelius "El mundo fragmentado", p.42, Editorial Altamira, Bs. As., Argentina. Tomemos un ejemplo bien actual. El National Institute of Health de Estados Unidos promulgó un conjunto de reglas para los laboratorios, con el de eliminar (¿limitar?) los riesgos inherentes a las manipulaciones genéticas. Pero, si se cree que con esas reglas la cuestión está resuelta, se dota al NIH de omnisciencia. También se puede señalar que los gobiernos no están obviamente "sometidos a las reglas" del NIH..."

(18) Zygmunt Bauman, "La Globalización. Consecuencias humanas", Fondo de Cultura Económica, San Pablo, 1999.

(19) Huerga, Pablo, Cuadernos de Bioética, Doctrina "El manifiesto de la bioética laica". El manifiesto publicado en un diario de economía italiano que generó una serie de réplicas y contraréplicas con la iglesia católica, aludía a una perspectiva bioética ajena a la religión, pero de carácter no liberal y políticamente reaccionario. (vg. el segundo manifiesto planteaba que cualquier usuario pueda acceder a la fecundación artificial sin límites, salvo el de generar marginación biológica)

- (20) Ceccheto, Sergio, "Bioética, Salud Reproductiva y Derechos Humanos", p. 1, Jurisp. Arg. N° 6166 3/11/99.
- (21) Castoriadis, Cornelius "El mundo fragmentado", p. 48, Editorial Altamira, Bs. As., Argentina.
- (22) Sagan, Carl "Miles de Millones. Pensamientos de vida y muerte en la antesala del milenio" p. 218, Ediciones B., Barcelona, España, 1998. "Dos de los más enérgicos antiabortistas de todos los tiempos fueron Hitler y Stalin, quienes inmediatamente después de asumir el poder declararon delito la comisión de abortos antes legales. Otro tanto hicieron Mussolini, Ceausescu e incontables dictadores y tiranos nacionalistas."
- (23) Florencia Luna-Arleen Salles, "Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica", p. 32, editorial sudamericana, Bs. As., 1995.
- (24) Zygmunt Bauman, "La Globalización. Consecuencias humanas" p. 66, Fondo de Cultura Económica, San Pablo, 1999. "No solidarizarse con el otro sino evitarlo, separarse de él: tal es la gran estrategia de supervivencia en la megalópolis moderna. Tampoco es cuestión de amar u odiar al prójimo, sino de mantenerlo a distancia; así se anula el dilema y se vuelve innecesario elegir entre el amor y el odio".
- (25) Artículo 75 inc. 22 Const. Nacional: *"corresponde al Congreso: 'Aprobar o desochar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional"*.

(26) Vega, Juan Carlos-Marisa Adriana Graham, "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales", p. 41, Astrea, Bs. As., 1996.

(27) Gil Domínguez, Andrés "Aborto Voluntario, vida humana y constitución", p. 92, Ediar, Bs. As., 2000.

(28) Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales: *"Cada uno de los Estados parte en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".*

(29) Albanese Susana, "Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida", Jurisp. Arg. 2002-IV-Supl. de fasc. Nº 8. 20/11/02.

Const. Nac. Art. 75 inc. 18: *"Corresponde al Congreso: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".* inc. 32: *"Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina"*

(30) CS 16/10/01. LL 2002-E-298. con nota de Gustavo A. Atta, "Argentina, subdesarrollo y derechos económicos, sociales y culturales". Igualmente la Corte en el caso "Campodónico de Bevilacqua..." 24/10/00 Fallos 323-3:3223 resolvió que el Estado Nacional debía asegurar la entrega regular de los medicamentos que requería un niño discapacitado residente en la provincia de Córdoba y que carecía de obra social, resaltando el deber que tiene dicho ente de garantizar el derecho a la preservación de la salud.

(31) Ciuro Caldani, Miguel Angel "Un pronunciamiento con amplias proyecciones problemáticas (notas de filosofía de la propiedad" nota a fallo del Juzg. de Menores Nº 2 de Paraná., L.L. 2002-E-270. Sin desconocer la gran importancia de la división como garantía de la libertad quizás quepa reconocer que, en una especie de dialéctica histórica, luego de la indiferenciación de las ramas del gobierno (complejidad impura) se produjo la

división de poderes sostenida por Locke y Montesquiu (simplicidad pura) pero ahora se está llegando a cierta elastización integradora de la distinción (complejidad pura).

(32) Rivera, Julio Cesar, "Instituciones de Derecho Civil-Parte General", p. 21, t. II, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998.

(33) Bustamante Alsina, Jorge A., "Aspectos ético-jurídicos de la procreación humana artificial" L.L. 1997-D-1212.

(34) Sanbrizzi, Eduardo A., "La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano", p. 14, Abeledo Perrot, Bs. As., 2001. Señala que, se suele mirar más hacia los deseos o intereses de los adultos que hacia el desprotegido ser que nada puede hacer para defender su vida, como si aquellos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo -olvidando que la persona no puede ser objeto de un derecho- que deben satisfacer no importando a costa de qué o de quién.

(35) Finnis, John "Ley Natural y Derechos Naturales" p. 117, Abeledo Perrot, 2000. "Quizás deberíamos incluir en esta categoría la transmisión de la vida mediante la procreación de los hijos. Ciertamente es tentador considerar la procreación como un valor básico distinto, irreductible, correspondiente a la inclinación a aparearse/reproducirse/criar... Podemos distinguir el deseo y la decisión de tener un hijo, simplemente por darlo a luz, del deseo y la decisión de cuidarlo y de educarlo. El primer deseo y decisión es una búsqueda del bien de la vida, en este caso la-vida-en-su-transmisión; los otros deseos y decisiones son aspectos de la búsqueda de los distintos valores básicos de la sociabilidad (o amistad) y de la verdad (la-verdad-en-su-comunicación), que corren paralelos a la búsqueda continua del valor de la vida que está implicado en el simple mantener vivo y bien al hijo hasta que pueda valerse por sí mismo".

(36) Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", p.448, Astrea, Bs. As., 1995.

(37) Arson de Glinberg, Gloria Hilda "Libertad de Procreación, L.L. 1991-B-1198.

(38) Colauti, Carlos E., "Derechos Humanos Constitucionales", p. 49 y ss. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

(39) Salerno, Marcelo Urbano, "Problemas jurídicos que plantea la procreación asistida" L.L. 1994-E-1294.

(40) Benitez, Elsa y Gherzi, Carlos A., en oportunidad de comentar un fallo del Juzgado Crim. y Corre. n° 3 de Mar del Plata en el caso de esterización de una incapaz publicado en J. A. 1997-III-376, en "Los médicos, el Estado y los Derechos Personalísimos. El derecho de procreación. Obligaciones maternas y Salud. La orden judicial invasiva con finalidad terapéutica", J.A. 1997-IV-985.

(41) Medina, Graciela, "¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (La solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa) J.A. 1996-III-789.

(42) Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., "Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético", p. 175 y ss., Depalma, Bs. As, 1995. En relación a la procreación natural se preguntan si el principio de la autonomía de la voluntad procreacional -que justifica "el derecho al hijo" puede justificar también "el derecho de la madre sobre el hijo", opinando que la voluntad procreacional -cuando por medio de ella se pretende extender su sentido a la facultad de interrumpir el embarazo conculcando el derecho a la vida del hijo- no puede ser elevada como valor supremo. Tiene libertad para engendrarlo, pero no para disponer contra la vida del hijo, ni antes ni después del nacimiento. En torno a la procreación asistida, extienden su postura sobre la supremacía del valor vida en el supuesto de procreación homóloga. Cuando la procreación se ha producido con material genético de un tercero, entienden que éste podrá revocar su consentimiento hasta el momento en que se inicie la concepción. Igual postura tienen respecto a la actitud de la pareja que encarga en relación a la interrupción del embarazo por la "madre portadora".

(43) Díaz de Guijarro, Enrique, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación" J.A. 1965-III- sección doctrina, ps. 21 y ss.

(44) Bossert, Gustavo "Fecundación Asistida", JA 1988-IV-871

(45) Gherzi, Carlos A. "Los conflictos entre derechos personalísimos: "Derecho a la salud o a la procreación" y el derecho de la mujer a decidir su propio proyecto de vida" J.A. 2000-II-405

(46) Const. Nac. Art. 75 inc. 2 párr. tercero: *"Corresponde al Congreso...La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto, será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional..."* inc. 8: *"Fijar anualmente conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de éste artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión"*

(47) Const. Nac. Art. 19: *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los"*

magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"

(48) Blanco, Luis Guillermo "Muerte Digna", p. 46, Ad-Hoc, Bs. As., 1997.

(49) Malem, Jorge "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart" en "Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo", p. 59, Rodolfo Vazquez, Compilador, Gedisa Editorial, Barcelona, 1988 y Salmerón, Fernando "Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la Controversia Hart-Dworkin, en "Derecho y moral...", p. 80.

(50) CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Art. 3: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño..." Art. 7: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos..."; "Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"

(51) Bentolila, Juan José "La Clonación, su justificación y su relación con los cambios de los paradigmas sociológicos" (Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Consejo Asesor de Investigaciones, p. 9, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, núm. 31, 1998.

(52) Cecchetto, Sergio, "Bioética, salud reproductiva y derechos humanos", J.A. 1999-IV-878.

(53) Andruet, Armando S. (h) "Bioética-Comprensión de la nominación y exposición de sus supuestos-La perspectiva católica" E.D. 167-874 Es sabido que, el tercero de los principios claves en la bioética es el de la llamada justicia distributiva, y que se refiere necesariamente a una dimensión económica de la asignación de recursos en salud.

(54) Balderrain, Leonardo "Claves y clowns", La Nación, 31/7/97, citado por Ghersi y Benitez en su trabajo mencionado en nota 38. "La nueva procresta está haciendo comprender a los cristianos, por ejemplo, que la sexualidad humana trasciende el hecho de la reproducción, la conservación de la especie y la creación de una

familia, y que se vive como una fuerza hecha de ternura, de satisfacción, de fantasía y de vivencia compartida, alcanzando todos los rincones de la existencia"

(55) CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Art. 12.1.: "Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, *inclusive los que se refieren a la planificación de la familia*", Art. 14.2.: "Los Estados partes adoptarán todas medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios y *en particular le asegurarán el derecho a:* b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, *inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia*", Art. 16.1.: "Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, *en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:*...e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permiten ejercer estos derechos", Art. 23: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado", Art. 24: "Los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente convención".

(56) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Art. 24.1. "Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2.- Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:...f) Desarrollar la atención primaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia...4) Los Estados partes se comprometen a promover y alentar la cooperación

internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Art. 2 de la ley 23849: "Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: con relación al art. 24, inc. f) de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable".

(57) Torrado, Susana "Procreación en la Argentina. Hechos e Ideas", p. 281 y ss., Ediciones de la Flor, Bs. As., 1993. "En contra de una dirigencia política que quedó anclada en el dogma decimonónico de que "gobernar es poblar". En contra de una jerarquía eclesástica ultramontana, que para preservar su imagen de la "familia cristiana" impidió pertinazmente la educación sexual y toda forma de difusión de la planificación familiar. En contra del estamento militar, para el que el número de seres humanos se transformó en una variable geopolítica. En contra del sector empresarial que buscaba mano de obra barata. En contra del estamento médico que restringió la transmisión de conocimientos reguladores de la fecundidad. En contra de la militancia izquierdista que confundió al enemigo, al creer que luchando contra la planificación familiar luchaba contra la dependencia".

(58) Molina Idoyaga, Anatilde, "Sexualidad, reproducción y aborto. Nociones y prácticas de mujeres indígenas y campesinas de la argentina", p. 25, Caes-Conicet, Bs. As., 1999.

(59) Sagan Carl, obra citada nota (22) p. 215 y ss.

(60) Valdes, Margarita "El Problema del Aborto: tres enfoques", en "Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales", Rodolfo Vazquez (compilador), p. 129 y ss., Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, México, 1999. La novedad del enfoque de Ronald Dworkin es que argumenta, por una parte, que todos los que participan en la discusión sobre la moral del aborto comparten la idea de que la vida humana es intrínsecamente valiosa, es decir, aceptan el principio de la santidad de la vida humana; por otra parte muestra que aceptar el valor intrínseco de la vida humana, no conduce necesariamente como suponen los conservadores, a condenar el aborto en todos los casos. Si bien los distintos participantes en el debate sobre el aborto parten de la aceptación del valor intrínseco de la vida humana, sus diferencias

pueden explicarse -señala Dworkin- por el hecho de que interpretan de diferentes maneras el principio de su santidad, es decir, habrá distintas interpretaciones según que concedan más o menos peso a cada uno de los ingredientes que componen una vida humana.

(61) Nino, Carlos Santiago ob. cit. nota (7) p. 361 y ss. Por supuesto que un feto, al igual que un niño, no puede actualizar esa capacidad por la sola voluntad; pero el obstáculo para hacerlo es superable, a diferencia de lo que ocurre con un descerebrado, a través del desarrollo normal de las cosas y de los medios técnicos disponibles.

(62) Farrel, Martin Diego "La Etica del Aborto y la Eutanasia", Abeledo Perrot, Bs. As., 1993. Entre ellos merece destacarse a Summer, quien afirma que una posición moral del feto no se adquiere de un día para el otro, no hay momento preciso en que podamos decir con seguridad "a partir de hoy el feto es consciente". Tambien cabe mencionar a Parfit, quien propone a la memoria como criterio de identidad personal. Ergo -nos dice Farrell- la etapa fetal, vuelve a quedar excluida. No hay identidad personal más allá del alcance de la memoria.

(63) Florencia Luna-Arleen Salles, ob. cit. nota 23 p. 163 y ss.

(64) Gafo Fernandez, Javier "Diez palabras claves sobre bioética", p. 58 y ss., Editorial Verbo Divino, Navarra, 1997.

(65) Medina Graciela, en Rev. Derecho de Familia, "Bioética y Derecho de Familia", p. 103, Lexis Nexis, Bs. As., 1992 piensa que tanto los dispositivos intrauterinos, como los medicamentos que producen una asincronia en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación constituye técnicas anticonceptivas y no prácticas abortivas. Trae a colación la opinión de Dorna quien señala que de "admitirse la protección penal del nasciturus a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el período anterior a la anidación no podrían castigarse sino como tentativa imposible, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten probar el embarazo en dicha etapa inicial, a lo que se debe agregar que la propia mujer sólo puede sospechar su estado de embarazo, pero desconoce si el mismo realmente se ha producido".

(66) Nos referimos a los casos "Portal de Belén v. Ministerio de Salud y Acción Social", cuya sentencia en última instancia por la Corte Suprema -con cuatro disidencias-, que deja sin efecto la sentencia de la Cámara Federal de Córdoba, puede verse en rev. El Derecho de fecha 9 de abril de 2002 con notas de Gregorio

Badeni, "El Derecho a la vida" y Rodolfo Carlos Barra, "La comercialización de medicamentos de efectos abortivos y la obligación del Estado de preservar la vida del por nacer". El fallo de primera instancia puede verse en D.J. 2000-II-965. Se trataba de una acción de amparo interpuesta por la asociación civil Portal de Belén para fabricar "Inmediat" (más conocida como la pildora del día después). La Cámara Federal de Córdoba, en segunda instancia consideró que no existía embarazo porque éste se producía a partir de la anidación; que al no existir embarazo no existe tampoco delito de aborto, ya que éste pena la interrupción del embarazo. La Corte consideró que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir, con la fecundación, en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario.

La otra causa es Rabinovich, Ricardo, resuelta por la Cámara Nacional Civil sala I, publicada en La Ley 2001-C-824. Se trataba de una acción de amparo interpuesta para obtener la protección de un conjunto incierto pero determinable de incapaces -en el caso embriones no implantados y ovocitos pronucleados, que según las noticias periódicas se practican prácticas de congelamiento de personas por nacer, con diversas finalidades y fuera de todo control estatal. Se consideró a éstos "personas". Aquí, como para nosotros -prima facie- lo que está en juego es la sensibilidad de las personas que asumen que éstos embriones son personas pero no implica el avasallamiento de ningún derecho de terceros, no nos parece desacertado el fallo, sólo que no debería recurrirse al argumento de que estos "seres" son "personas". Es más, opinamos que en nombre de esa percepción que tiene alguna persona debería preverse nuevas figuras penales que contemplen estas prácticas.

(67) Cód. Civil, Artículo 63: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno"; Art. 64: "Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia"; Art. 70: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre". Las notas a éstos artículos contienen comentarios de utilidad. En la nota al art. 63 expresa nuestro codificador: "Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar y transcribe el artículo 22 del Código de Austria: "Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos,

toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero". En la nota al artículo 64 se alude a que "En éste artículo sólo se trata del feto que, puede tener bienes que adquirir por una donación o un testamento, y que necesita una representación protectora, y no para asegurar la legitimidad de los hijos o prevenir las suposiciones de parto, de lo cual se tratará en otro lugar".

(68) citado por Gil Dominguez, ob. cit. en nota 27, p. 143. Velez siguiendo los argumentos de Freitas, estableció el art. 70 del código civil, pero no tuvo certeza y vaciló incorporando el artículo 3290 y el artículo 74, el cual es francamente incompatible con el principio de que el nasciturus es persona. Por ello, el codificador argentino no abarcó con profundidad las consecuencias jurídicas del principio de personalidad. La actual situación de tutela del código civil es: *eres persona porque tienes vida y por ello te reconozco derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos física y jurídicamente...pero, si naces sin vida, es como si nunca hubieses sido. Eres, pero puede que nunca hayas sido.*

Código Civil Art. 3290: "El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle". Art. 74: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido".

(69) DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, art. 3 "Todo ciudadano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de la persona"

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS: Art. 6 párr. 1º: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley"

DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Art. 1: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA)

Art. 4 párr. 1º: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente"

Art. 5 párr. 1º: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"

CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO:

Art. II: "En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo"

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Art. 1° "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"

Art. 6-1.- "Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2.- Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño"

(70) Const. Nac. art. 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores de la patria" Art. 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"

(71) La ley 1981-A-401. Dijo la Corte "Es pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes"

(72) Art. 75 inc. 23, párr. 1° de la Const. Nacional: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"

párr. 2º Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia"

(73) Gil Domínguez, Andrés, obra citada nota 27, p. 271 realiza una encuesta con distintos autores sobre el alcance de ésta cláusula respecto de la interrupción voluntaria del embarazo. Merecen destacarse las opiniones de Aida Kemelmajer de Carlucci: la cláusula constitucional apunta a que la mujer no tenga necesidad de llegar al aborto, que toda vida que está en formación llegue a buen fin y que después tenga una vida digna. Por este motivo, la cláusula constitucional tiene que ser interpretada, entendiendo que debemos ayudar a que la mujer no aborte, pero ésta ayuda no debe limitarse hasta el nacimiento; Eduardo Pablo Jiménez: Es necesario que la sociedad discuta maduramente los problemas de sus pobres, las miserias de sus madres solteras, las consecuencias de los planes económicos que sus representantes imponen y las maduras ansias de libertad que la mujer latinoamericana también tiene derecho a propugnar.

(74) Sagues, Nestor, "Elementos de derecho constitucional", T. TT. p. 164 y ss., Astrea, Bs. As., 1997.

(75) Barra, Rodolfo, "La protección constitucional del derecho a la vida", p. 79, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996.

(76) Ekmekdjian, Miguel Angel, "Tratado de derecho constitucional", T. IV, p. 636, Ed. Depalma, Bs. As., 1997.

(77) Baigorria, Claudia y Solari, Néstor, "El derecho a la vida en la Constitución Nacional" La Ley 1994-E-1167

(78) Gil Domínguez, ob. cit. en nota 27, p. 289 afirma: "No debemos caer en la confusión de asimilar protección constitucional con tutela penal, puesto que no son términos jurídicos equivalentes. El derecho cuenta con diversos medios para mantener el respeto y la cobertura de bienes jurídicos, de manera tal que la renuncia a la vía penal o la utilización de vías de protección distintas de la coacción penal, no significa una aprobación de conductas que lesiones o coloquen en situación de peligro a esos bienes jurídicos. En éste sentido, el legislador sólo puede recurrir a la represión penal, cuando este camino aparezca como un medio idóneo, necesario y proporcional para la protección de los bienes jurídicos. El derecho penal puede resultar una vía idónea y eficaz de protección de la vida humana en formación, en los casos de aborto no consentido o

bien, de manipulación genética. Pero no es una vía necesaria y proporcional en algunos casos de interrupción voluntaria del embarazo".

(79) Gulico, Hernán Victor, ¿Es inconstitucional el artículo 86 inc. 2º del Código Penal, "Doctrina Penal", Año 11, revista Nº 43 -1988- p. 497)

(80) Corte Suprema, "T.S. v. Gobierno de la Ciudad de Bs. As", 11/1/2001. JA 2001-II-356 con notas de Augusto Mario Morello "Entre la vida y la muerte" y Pedro Federico Hooff "La bioética y el Derecho, unidos en mitigar el dolor humano: La anencefalia a la luz de los derechos humanos y de la bioética", LL 2001-A-189; ED revista del 13-3-01.

(81) Sup. Corte Bs. As., 22/06/01, JA 2001-IV-388 con nota de Gabriel D. Jarque, "Autorizaciones judiciales, derechos enfrentados y los tiempos del proceso" (A propósito de un fallo sobre anencefalia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires); L.L. 2002-D-583 con notas de Ana Maria Chechile, "Derecho a la vida del nasciturus que padece anencefalia y derecho a la salud de la madre gestante y su grupo familiar" Silvia E. Palomero "Anencefalia". Jarque, realiza una síntesis de los argumentos brindados por la mayoría: a) La pretensión tiende a proteger el derecho constitucional a la salud, habiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidido de igual forma en un caso análogo, b) hay recurso interpuesto y corre riesgo la vida del nasciturus, c) el pedido debe ser interpretado como que existe una situación de incertidumbre que requiere certeza, debiendo aplicarse el principio in dubio pro actione, d) la falta de pronunciamiento dejaría sin respuesta a la peticionante, e) no corresponde solicitar autorización judicial, pero una vez requerida, la cuestión debe ser resuelta. Los argumentos de la minoría fueron: a) que las autorizaciones judiciales no están previstas legalmente, b) que de ser entendido afirmativamente, cada vez que se presenta una situación de parto prematuro, estaría llamada a intervenir la Corte.

(82) Const. Prov. Bs. As. art. 12: "Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1) a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural"

(83) Carnota, Walter F., en "Antes" y "Después" del Caso "Casey". (La consolidación de los llamados "derechos reproductivos" en los Estados Unidos) ED 155-574. La política pro-life (en contra del aborto, que pone de manifiesto su interés en proteger al no nacido), instrumentada por los republicanos durante los gobiernos de Reagan y Bush llevó a lograr una conformación del tribunal con jueces en líneas generales, de la ideología conservadora, que debieron expedirse sobre lo resuelto en "Roe vs. Wade" en el caso "Casey"

(1992) generando gran expectativa por un posible cambio de la jurisprudencia del tribunal, que finalmente mantuvo lo resuelto en caso "Roe vs. Wade", aunque trascendieron presiones sobre los jueces desde ambos bandos, tanto los que están a favor como en contra del aborto.

(84) Montoya, Mario Daniel, "Aborto ¿pro life o pro-choise? (Connotaciones políticas para nominar nuevos miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos)" JA 1990-III-854. (85) Ruiz, Alicia E. C., "Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho", en Enrique E. Mari... "Materiales para una teoría crítica del derecho", p. 174 y ss., Astrea, Bs. As., 1991. "La estructura del discurso jurídico es fundamental para que el derecho cumpla su papel. Existe una opacidad de lo jurídico. El derecho que actúa como legalógico de la vida social, como un libreto, como partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena".

(86) Gherzi, Carlos Alberto "Metodología de la Investigación en las Ciencias Jurídicas", p. 29, Gowa Ediciones Profesionales, Bs. As., 2001. se plantea como podemos explicar la libertad sino desde la ideología, ser libres es sin duda imaginar un futuro presente y generacional, ideología también es aludir a las condiciones reales de existencia donde vive y convive esa ilusión.

(87) Ruiz, Alicia ob. cit. nota 85, p. 150 y sgtes.

(88) Cortina, Adela "Ética Aplicada y Democracia Radical", Editorial Tecnos, Madrid, 1993. Son, pues, los distintos ámbitos de la llamada ética aplicada -la bioética y la Genética, la ética de la empresa y de la educación, la ética de la información y la ecoética- los que están exigiendo que se realicen los ideales de una democracia que vaya a la raíz.

(89) Gil Domínguez, Andrés. "Sociedad Civil y matrimonio civil" La Ley, Sup. de Derecho Constitucional, p. 17, 21/9/98)

(90) Gherzi, Carlos Alberto, "Metodología de la Investigación en ciencias jurídicas", p. 51 y ss., Ediciones Gowa, Bs. As., 2001.

(91) Naciones Unidas (1992) Abortion Policies: A global Review. Volume I. Afghanistan to France, New York, United Nations publicat citado por Mario Pecheny en "Legislaciones sobre Aborto: Un Análisis Comparado en "Salud y Población: Cuestiones Sociales Pendientes", p. 88, Espacio Editorial, Bs. As., 1998. "Hasta el siglo XIX, la ley católica considera el aborto como un homicidio sólo luego del momento de la animación, es decir -según Tomás de Aquino- a partir del día cuarenta después de la concepción para el feto

macho y a partir del día ochenta para el feto hembra. A excepción de un corto periodo a mediados del siglo XVI -en que el aborto es castigado mediante la excomunión-, el aborto practicado durante los primeros meses del embarazo no era considerado como un acto punible por la iglesia católica. Recién en 1869, el Papa Pío IX decreta que la animación ocurre en el momento de la concepción y que por ende el aborto implica la excomunión

(92) Gafo, Javier "Nuevas perspectivas en la moral médica", Madrid, p. 167, IEE, 1978. Sin embargo, como consecuencia de la tesis de la animación retardada, durante muchos siglos se consideró que el aborto realizado antes de que el feto tuviese forma humana, no podía calificarse de homicidio en sentido estricto. Esta misma tesis llevará a algunos autores de importancia dentro de la moral católica (así, por ejemplo, Martín de Azpilcueta, Tomás Sánchez, etc) a admitir el aborto de un feto no animado, para salvar así la vida de la madre en peligro como consecuencia del embarazo

(93) Mifsud, Tony S.J. "El respeto por la vida humana (bioética) Moral de Discernimiento (tomo II), p. 65, Ediciones Paulinas, Santiago, Chile. Aún más, también parece justificado distinguir la gravedad entre un aborto realizado en las primeras dos semanas (métodos interceptivos) y otros realizados en las etapas ulteriores (métodos abortivos). Cualquier interrupción de un embarazo es un aborto pero no pareciera justo equiparar una mórula (indiscutible vida humana) con un embrión (indiscutible persona humana).

(94) Gafo, Javier "El aborto y el comienzo de la vida humana", Santander, p. 252, Sal Terrae, 1979. "compartimos el punto de vista de Haring, que afirma la existencia de una diferencia cualitativa entre aquellos métodos que impiden meramente la concepción (contracepción) y los que interrumpen el desarrollo entre la fertilización y la implantación; e igualmente una diferencia cualitativa entre los causan la pérdida de una mórula y los que causan el aborto de la implantación "y de su irrevocable individualización", añade Haring).

(95) Y. A. Horteland "Problemas actuales de moral", III, p. 139, Salamanca, Sígueme, 1980. "Los métodos anticonceptivos que impiden de un modo u otro la unión del espermatozoides masculino con el óvulo fecundado, no son abortivos... impedir la implantación del embrión en el seno materno no parece un aborto culpable, ya que hasta el momento de la implantación el embrión no es plenamente un individuo. Pero como el embrión está en camino de serlo y existen dudas al respecto, hay que escoger en general la opción más segura contraria a la obstaculización de la implantación. Sin embargo, en casos graves, por ejemplo, después de una violación o cuando los métodos anticonceptivos, como la espiral son los únicos viables para hacer posible la paternidad

responsable, no podemos juzgar con la misma severidad que cuando se trata de un aborto estrictamente dicho después de la plena individuación del embrión. A partir de la implantación, aunque sea antes de la plena cerebración del feto, el aborto es siempre un asesinato, porque el embrión está plenamente individualizado, es alguien y no algo".

(96) Bianchi, Alberto B. "En contra del aborto", p. 30, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1998.

(97) Andrés Gil Domínguez "Aborto voluntario: la Constitucionalización de la pobreza" La Ley 1998-F-552

Agrega otro dato inquietante: "En el año 1994 el 29,8 % de las muertes obstétricas registradas de cada 10.000 nacimientos fueron a causa de un aborto clandestino: la mayoría eran jóvenes de 20 años".

(98) Torrado, Susana "Procreación en la Argentina. Hechos e Ideas" citado nota 57, p. 30.

(99) (ONU, 1990) Andrea Federico, "Uso de Métodos Anticonceptivos entre las mujeres pobres del conurbano bonaerense", en "Salud y Población. Cuestiones sociales pendientes", cit. nota 1, p. 49.

(100) Const. Nac.: Art. 33 (citado nota 70); Art. 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley..."; Art. 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en ésta Constitución, un tratado o una ley..."

(101) Declaración de los Derechos Humanos (1948): art. 25. 1.- "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 12. 1.- "Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2.- Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los

niños...d) la creación de las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) art. 25.1.-: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, la ley, o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"

(102) Código Penal: Artículo 86: "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. *El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*"

(103) Gimenez de Asua, Luis "Libertad de Amar y Derecho a Morir", p. 329, Depalma, Bs. As., 1992. Se pregunta si ¿Puede la mujer, en el ejercicio de su derecho a ser madre conscientemente, hacerse abortar cuando no desee la maternidad o quiera poner término al número de sus hijos? y confiesa que no se atreve a ir tan lejos. Los legisladores no pueden, a su antojo, crear infracciones ni suprimir delitos. Por encima de la ley sancionadora está la norma de cultura, como dice Max Ernesto Mayer. De esa cantera social extrae el autor de las leyes el concepto típico que plasma en sus artículos. En la mayoría de los pueblos, y en España más concretamente, el aborto se mira como un hecho reprobable. Las mujeres que no quieran ser madres pueden acudir a otros medios; pero, concebido el ser, no debe autorizarse su destrucción más que en los casos estudiados, en que se reclama por una necesidad salutífera o eugénica, o por móviles sentimentales de poderosa índole. Salvo en esas hipótesis extremas, el aborto debe ser castigado..*

(104) McCormick, Ricard, citado por Mifsud, Tony en ob. cit. nota (88) Primero, el test de factibilidad (de la ley) es particularmente difícil en nuestra sociedad. Idealmente, por supuesto, cuando nos conciernen los derechos de los demás y especialmente el derecho más fundamental (derecho a la vida), con más facilidad debería la moralidad traducirse en ley. Pero mientras más fácil es esta traducción, menos necesaria es la ley.

En otras palabras, si esto representa lo ideal, esto también presupone lo ideal. Y nosotros no tenemos eso, sobre todo porque varía la evaluación moral de la vida fetal. Y finalmente la ley debe encontrar una base en las percepciones morales más profundas de la mayoría o en principios que la mayoría rechaza modificar. Esto quiere decir que es especialmente difícil aplicar el test de factibilidad a una ley de aborto, porque el bien mismo cuya posibilidad legal está en discusión es objeto de duda y controversia. Segundo, ninguna ley parecerá ser o de hecho será adecuada (ya sea permisiva o prohibitiva) si no propone simultáneamente medios que ataquen los problemas que llevan al aborto. Nuestro error como nación y el de muchos otros países ha sido justamente esto: dejar las condiciones sociales relativamente no tocadas y las circunstancias que conducen al aborto y legislar permisivamente en general sobre la base de slogans transparentemente frágiles creados por una variedad de grupos de presión.

(105) En España el aborto fue legalizado por la ley orgánica nº 9 de 1985, que fue analizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 11 de abril de 1985 (ED t. 113, p. 479, con nota de Bidart Campos, Germán J. "El Aborto y el Derecho a la vida"). Bidart, señala que: "Lo fundamental de nuestra síntesis del fallo español es lo siguiente: a) la vida del nasciturus queda incluida en la obligación que tiene el Estado de garantizar la vida; b) esa vida del nasciturus es un bien jurídicamente tutelado por la Constitución; pero c) el nasciturus no es titular de un derecho a la vida; d) la no punibilidad del aborto en determinados casos contenidos en la ley requiere que la misma ley establezca las garantías necesarias de certeza acerca de los supuestos de despenalización, a fin de que la consiguiente desprotección del nasciturus no se produzca fuera de esos supuestos".

(106) El Real Decreto 2409/1986, del 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, dispone: "La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, del 11 de abril, exige la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto terapéutico y eugenésico, así como que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante una solución similar dentro marco constitucional". Concretamente, la sentencia recuerda: "el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para la salvaguarda del derecho a la vida y a la salud de la mujer".

El art. 417 del anterior C. Penal (que expresamente se mantuvo vigente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición derogatoria única, 1ª) del Código Penal Español de 1995) preceptúa: "El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes: 1) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o a la salud de la embarazada, 2) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado, 3) Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintiseis primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada"

(107) Bidart Campos, Germán J. "Autorización judicial solicitada para abortar" ED 114-184 y Bidart Campos, Germán J. "Declaración judicial previa al aborto para el cual se solicita autorización" ED 117-426. Véase también Andereggen, Vivente E. "El llamado Aborto eugenésico y las facultades de los jueces" ED 132-456.

(108) González, Nemesio, "Otra vez sobre la autorización judicial solicitada para abortar", ED 114-959

(109) Jarque, Gabriel D. "Autorizaciones judiciales y eutanasia" Doctrina Judicial LL n. 36 del 9/9/1998 p. 78 y Jarque, Gabriel D. "Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas" JA 2001-III-853

(110) En nota a fallo del Juez Pedro Hooft, "La autorización Judicial para una intervención quirúrgica frente a una situación límite" publicada en L.L. 1991-E-565

(111) En un fallo en el que hace lugar a una inducción de parto y a una ligadura tubaria, publicado en J.A. 1998-IV-297 con notas José A. Mainetti y María M. Mainetti "El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama..." y Eduardo L. Tinant, "Aborto Terapéutico, principio "pro minoris" y objeción de conciencia del profesional".

(112) Véase Tinant Eduardo L., "Anencefalia, tecnociencia y autorización judicial de terapia límite" J.A. 2001-IV-430.

(113) Gimenez de Asua, ob. cit. nota 103, p. 326 y ss. "... He aquí por que arribamos...en nuestras discusiones a una solución que nos pareció lisonjera...Este sistema consiste en la autorización a priori del aborto por el juez. La mujer violada, que se sienta víctima de invencibles repugnancias contra el ser concebido, acudirá al magistrado, que en vista de los hechos y de las circunstancias, autorizará la practica del aborto, a condición que se ejecute por un médico de solvencia moral y científica"

(114) CNCrim. y Correc. en pleno sentada en la causa "Natividad Frias" (JA 1966-V-69; LA LEY 123-842 y ED, 16-3) en cuanto señala:

(115) Bidart, Campos, Germán J. "Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico" (Entre medio: Aborto, vida, salud, igualdad) L.L. 1998-F-545. Nos dice: "sería bueno que sociólogos, criminólogos, médicos y bioéticos hicieran un estudio de campo para darnos, como resultado de esta sentencia unas estadísticas acerca de los abortos evitados, de los abortos sancionados, de los abortos que se ocultan o se disfrazan (por ej. con la careta hipócrita de una cirugía estética), más otras estadísticas de las mujeres que mueren o padecen secuelas graves por abortos mal practicados, más otras que nos dijeran cuántas se abstienen de ir a un hospital público por miedo a que los médicos las denuncien, so pretexto de cumplir con el deber que este fallo ha priorizado por sobre el secreto profesional y la salud de la madre".

(116) Andrés "Aborto Voluntario: La Constitucionalización de la Pobreza" La Ley Tomo 1998-F-552. Señala que "La utilización del derecho penal, como única respuesta normativa, ha dado lugar a la aparición de una sociedad dual, en donde las mujeres que poseen los recursos necesarios, concurren a modernas clínicas que cuentan con los niveles de atención y asepsia pertinentes, haciendo pasar la práctica abortiva como una intervención socialmente aceptada (ej. cirugía estética) o bien realizar lo que se denomina "turismo abortivo" (viajar a un país en donde el aborto consentido esté permitido); mientras que las mujeres que no poseen estos recursos, deben someterse a un mercado clandestino que en muchas ocasiones trae como resultado lesiones graves temporarias o transitorias) o la muerte. O sea, primero no les damos métodos de prevención y después les impedimos el aborto, del que sí gozan (todos lo sabemos) aquellas que están incluidas en la sociedad. Negamos la realidad dos veces.

(117) LEY DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE 25673 (Legislación Argentina, 13/12/02)

(118) Laferriere, Jorge Nicolás "Análisis integral de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable - 25.673-, Rev. ED 13/02/03.

(119) Minyersky, Nelly "Derechos de los Niños y Adolescentes. Ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable", en "Bioética: entre utopías y desarraigos. Libro homenaje a la Profesora Dra. Gladys J. Mackinson". Patricia Sorokin -coordinadora", p. 351, Ad Hoc, Bs. As., 2002. Plantea los riesgos que implica para el adolescente requirente el rechazo por parte del profesional por no concurrir con sus

progenitores. La experiencia indica que las consecuencias pueden ser nefastas, lo más probable es no regrese al servicio de salud, lo cual lo arriesgaría a no contar con los elementos de prevención y cuidado debidos. Los que sostienen que se debe exigir la conformidad paterna, como dice Grossman "no han meditado serenamente sobre las consecuencias de la necesidad de consentimiento materno o paterno. En primer término, es necesario tener presente que el derecho a la confidencialidad nace del derecho personalísimo a la intimidad reconocido en el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Debemos pensar que muchos adolescentes no buscarán información ni apelarán a los servicios de salud reproductiva, si para ello se exigiera el consentimiento de los padres o guardadores".

(120) Ley 418. Art. 5: Destinatarias/os. Son destinatarios de las acciones de la presente Ley la población en general, especialmente las personas en edad fértil. "Se deberán respetar sus creencias y valores" (agregado incorporado por la ley correctiva 439 sancionada el día 13 de julio de 2.000)

(121) Gorvein, Nilda Susana y Polakiewicz, Marta "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", en "Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad" Dirigida por Grossman, Cecilia, p. 126, Editorial Universidad, Bs. As., 1998. La compatibilización entre el derecho interno y la Convención deberá tener en cuenta -entre otros- los siguientes aspectos: a) Considerar como principio general que un niño es competente para consentir un tratamiento o práctica médica desde los 14 años, edad en que se adquiere el discernimiento; b) respecto de determinadas prácticas o tratamientos que, por su importancia, pudieran comprometer la salud futura del paciente, se requerirá, además, el consentimiento de los padres o representantes legales. Dichas prácticas o tratamientos deberán quedar determinados en la regulación legal, teniéndose en cuenta para ello los criterios científicos que correspondieren, c) Reconocer expresamente que los pacientes menores de 14 años deben ser debidamente informados y tienen el derecho a expresar su opinión y ser escuchados. Autorizar a los profesionales de la salud a evacuar consultas de diagnóstico y orientación a menores de 14 años, sin la presencia de un adulto responsable.

Mencionan el caso "Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority". La Sra. Gillick madre de dos hijas adolescentes menores de 16 años, se presenta ante la Corte, a fin de que se haga lugar a su planteamiento, referido a que los niños no pueden, antes de los 16 años, decidir ni dar su consentimiento respecto de la adopción de medidas anticonceptivas. El tribunal rechazó su demanda estableciendo que "los niños menores de 16 años con madurez suficiente para ello, pueden pedir libremente, sin necesidad de

autorización de sus padres, asesoramiento médico y decidir prestar su consentimiento para la realización de prácticas anticonceptivas⁶. Resulta particularmente interesante que la Cámara de los Lores escogió interpretar las reglas legales sobre la prestación del consentimiento para un tratamiento en el contexto de la anticoncepción, de manera de evitar la conclusión estricta de que la edad válida para prestar el consentimiento a una intervención médica es de 16 años. Sin embargo, la Corte indicó que existen casos en que los menos de dieciséis años pueden considerarse aptos para prestar su consentimiento para la realización de prácticas no terapéuticas.

(122) DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: Art. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...", art. 7: "Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación", art. 22: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad", 25.1: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación...la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...".

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES: Arts. 3: "Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales, enunciados en el presente pacto", 5.2.: "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado", 10.: Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles...3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...", 11.1: Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...", 12.1: Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute

del más alto nivel posible de salud física y mental, 12.2: Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil..., 15.1: Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a...b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA): Art. 17.1.: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la Sociedad y el Estado. 17.4.: "Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio..., 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado", 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley".

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (Veáse nota 55)

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Arts. 3. 1. (veáse nota 48), 5: "Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres...en consonancia con la evolución de sus facultades...", 12.1: Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional, 14.1.: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. "Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades", 16.1.: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques", 18.1.: "Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño", 24.1. "Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...", 27.1. "Los estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, 27.2: "A los padres u otras personas encargadas del niño, les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño", 27.3: "Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a éste derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo..."

(123) Blanco, Luis Guillermo, "Muerte Digna. Consideraciones bioéticas-jurídicas", p. 101, Ad Hoc, Bs. As., 1997. La primera hipótesis, que implica el supuesto en que un paciente rechaza un tratamiento determinado, sin peligro alguno para su vida. La segunda hipótesis, refiere el caso que un paciente grave o crítico recusa un tratamiento que, de no efectuarse, podría acelerar o acarrear su muerte, que considera el más complicado. Obviamente, ésta hipótesis, nos dice- no versa acerca del ejercicio del derecho a morir con dignidad -propio de los pacientes irrecuperables- dado que no se trata de un paciente desahuciado o moriente, sino de un enfermo que, de aceptar el tratamiento propuesto, podría seguir viviendo. Entiende que lo correcto es, en cada caso real, ponderar la situación del paciente a los fines del temperamento a adoptar, sin plantearse a priori o bien la defensa ultranza de la autonomía o de la sacralidad de la vida.

(124) Sagues, Nestor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", Tomo II p. 265 y ss., Astrea, Bs. As., 1997. Expresa: "Aceptado que la Constitución asegura el principio de dignidad humana, ello importa el derecho a vivir dignamente y también a morir dignamente. Este derecho incluye el de no ser sometido a tratamientos de tipo extraordinario que signifiquen una prolongación precaria y penosa de la vida".

(125) Santos, Cifuentes "Derechos Personalísimos", p. 398 y ss., Astrea, Bs. As., 1995; "Reflexiones jurídicas sobre la muerte: Justificación del suicidio asistido y de la eutanasia. (Crítica a las "mitología y supersticiones" morales y legales) JA (Conmemoración de su 80º aniversario) 1918-1998) p. 131.

(126) Lemón, Alfredo "La más secreta intimidad (El derecho constitucional en los umbrales en la muerte)" L.L. 1993-E- 829. Estima que una correcta y lícita práctica médica es aquella que permite al paciente con una

enfermedad terminal: morir lo más confortable y naturalmente posible autoriza a los médicos a prescindir de procedimientos o medicamentos desproporcionados e inútiles que prolonguen la agonía, sin abandonar el apoyo personal y la medicación que brinda comodidad y alivia el dolor del enfermo.

(127) Calsamiglia, Albert, "Sobre la eutanasia" en Bioética y derecho. Fundamentos y Problemas Actuales, Rodolfo Vazquez (compilador), p. 151 y ss., Fondo de Cultura Económica, México, 1999. Expresa que, el paradigma fuerte sostiene la vida incumbe sólo a Dios. Su tesis es que el valor de la vida no es sagrado, sino prima facie, que en nuestra moral pública se encuentran ciertas circunstancias en las cuales se puede o se debe disponer de la vida. Vg. los casos de legítima defensa, el caso de la guerra, cuando los presupuestos del Estado se prueban se está decidiendo sobre quienes van a morir y quienes no. Construir un paso a nivel puede afectar la vida. Concluye, que todos esos argumentos muestran que en realidad en nuestras sociedades el derecho a la vida no se considera sagrado, porque se permite disponer de la vida en ciertas circunstancias. Argumenta que la eutanasia es distinta al genocidio y a la eugenesia, que no es asesinato y no es análoga al suicidio. La idea más básica de la eutanasia está relacionada con la benevolencia. La vida humana es un valor prima facie. Pero eso no significa que la vida humana es siempre el valor supremo. Existen situaciones en las cuales es mejor estar muerto que continuar con los sufrimientos de la vida.

(128) Florencia Luna en Florencia Luna-Arleen Salles, "Decisiones de vida y muerte. Eutanasia Aborto y otros temas de ética médica cit. nota (23) p. 109.

(129) Farrell, Ernesto "La ética del aborto y de la eutanasia", p. 104, Abeledo Perrot, Bs. As., 1993. Señala que exigir el requerimiento de la persona puede parecer exagerado, bastando el consentimiento. La definición, entonces, requiere un añadido: se entiende por "eutanasia" el privar de su vida una persona sin sufrimiento físico, a su requerimiento, o al menos con su consentimiento, y en su interés. El requisito de la carencia de sufrimiento físico debe ser interpretado dentro de límites razonables, es una condición que varía en cada caso. Esta definición ampliada deja subsistentes muchos problemas: uno de ellos es el caso del sujeto pasivo que es incapaz de requerir o de consentir, la privación de su vida, debido a su estado de inconsciencia o incapacidad mental. Asimismo, es bueno tener una definición de eutanasia que admita sólo los casos en que se opte por la muerte por consideración a quien muere. Ejemplifica con el caso de los niños que nacen con síndrome de Down. Si estos niños presentan al nacer una obstrucción intestinal, algunos médicos -con el consentimiento de los padres- no operan al niño de la obstrucción, lo cual ocasiona en pocos días su muerte. Esta actitud suele

presentarse como un caso de eutanasia que a su criterio no lo es. Igualmente el caso de los niños mogólicos plantea lo inadecuado de la distinción entre eutanasia activa y pasiva. Ninguna de nuestras intuiciones morales indica que es mejor dejar morir deshidratado a un niño, proceso que puede durar más de una semana, en lugar de aplicarle inmediatamente una inyección letal.

(130) Kevorkian, Jack "Eutanasia. La buena muerte", Grijalbo, Barcelona, 1993.

(131) Farrell, Ernesto "La ética del aborto y de la Eutanasia", cit. pág. 113. Si bien acepta que existen diferencias que justifican un tratamiento jurídico distinto para el omitir y el actuar, en el caso de la eutanasia no existe diferencia relevante alguna que nos incline moralmente a preferir el dejar morir frente al matar. Al contrario, en muchos casos, el dejar morir a un paciente priva de fundamento moral a la conducta del médico.

(132) Nino, Carlos Santiago "Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación", p. 320 y ss., Astrea, Bs. As., 1989. Conviene seguir a Glover en su análisis de cada una de las causas de confusión que subyacen, según él, a la "doctrina de los actos y omisiones": a) La primera fuente de confusión resulta de no distinguir claramente entre diferentes tipos de omisiones. Hay omisiones que son totalmente reprochables; b) la segunda causa de equívocos consiste en confundir la distinción entre actos y omisiones con la distinción entre utilitarismo positivo y utilitarismo negativo; c) el tercer argumento equivocado que se suele dar en apoyo de la doctrina de los actos y omisiones se basa, según Glover, en la diferente probabilidad del resultado en uno y otro caso; d) una cuarta fuente de confusión está determinada por la consideración de los efectos colaterales; e) un quinto argumento equivocado se apoya en el hecho de que, mientras un acto positivo de, por ejemplo, matar, es siempre un acto dirigido contra alguien en particular, el mero dejar morir no involucra el conocimiento de las víctimas, que son indeterminadas; f) una sexta causa de confusión está asociada con nuestra natural resistencia a imitar a Dios en decidir quienes deben morir o sufrir otros daños; g) En séptimo lugar, Glover menciona un argumento que se podría formular a raíz de una posición como la que expone el hermano del Padre Zossima en Los Hermanos Karamazov, cuando se declara, ante su madre, culpable de todos los males que existen en el mundo; h) La incidencia en nuestros juicios morales del tratamiento que el derecho y la moral convencional hacen de las omisiones; i) la confusión entre la posición del agente moral, que debe decidir como actuar, y la posición del crítico, que tiene que determinar si el comportamiento del primer individuo es o no reprochable; j) el abandono de la doctrina de los actos y omisiones tendría consecuencias muy nocivas. Según Glover, la distinción valorativa entre actos y omisiones es uno de los

principales obstáculos para un tratamiento racional, desde una perspectiva utilitarista, de temas tales como el aborto, la eutanasia, el suicidio, la pena de muerte y la guerra.

(133) Cechetto, Sergio "Deontologismo y teleología en el capítulo final de la vida humana", en Cuadernos de bioética N° 1, p. 74, Ad Hoc, Bs. As., 1997.

(134) Medina, Graciela y Winograd, Carolina, en "El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte", JA 2002-II-979 dan elocuencia del valor del consentimiento anotando distintos fallos de la jurisprudencia inglesa poniendo de resalto los principios por ésta elaborados: a) El cuerpo de toda persona es inviolable, afirmación que importa respetar la autodeterminación del paciente, incluso cuando su elección, no obedezca a una decisión racional; b) El principio de la santidad de la vida no es absoluto: un paciente en sus cabales y debidamente informado podría requerir la interrupción de los tratamientos que lo mantienen con vida; c) se presume que toda persona posee la capacidad para consentir o rechazar un tratamiento médico, a menos que, o hasta tanto, esa presunción sea desvirtuada, legalmente, cualquier persona podría suicidarse, sin embargo, no podría, legalmente, contar con ayuda para llevar a cabo el acto suicida.

(135) Farrell, Ernesto, "Ética...", cit. nota 62, pág. 117 Entendido éste siguiendo a Gerald Dworkin como la interferencia con la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona que es coercionada. Es la interferencia con la libertad de una persona por su propio bien.

(136) Tau, José María, "Procuración de órganos para transplantes. La Justicia en lista de espera", en "Bioética y Bioderecho. Cuestiones Actuales". Luis Guillermo Blanco Compilador., Editorial Universidad, p. 297, Bs. As., 2002.

(137) Ghersi, Carlos Alberto, "Derecho Civil. Parte General", p. 207 y ss., Astrea, Bs. As., 2002. La muerte clínica o cerebral tiene lugar cuando el daño al cerebro es irreversible y tan extenso que el órgano ya no dispone de capacidad de recuperación y no puede mantener la homeostatis interna del cuerpo, por ejemplo, la función respiratoria normal o cardiovascular, la función gastrointestinal normal, y así sucesivamente. En tanto la muerte biológica o real, es el cese total e irreversible de la función respiratoria y cardíaca, de modo tal que se hace imposible su recuperación, aunque se lo intente por medios manuales o electromecánicos. El art. 23 de la ley 24193 establece cuatro signos que deben comprobarse en su totalidad, para certificar el fallecimiento del dador de los órganos. Art. 23 ley 24193: *El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se*

verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medicos técnicos y/o instrumentales adecuados a diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Incucaí. La verificación de signos referidos en el inc. d no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible".

(138) Weingarten, Celia y Gherzi, Carlos A. "Transplante de órganos, Contrato de Medicina Prepaga y Servicio de Salud: El viejo y el nuevo Derecho como modos axiológicos de pensamiento" JA 1998-IV-510. El voto de la mayoría se podría sintetizar de la siguiente manera: como el contrato de medicina prepaga no incluía expresamente esta práctica terapéutica y en la Argentina recién se comenzaba a experimentar era lógico que debía interpretarse que estaba excluido y pretender una cobertura económica en el extranjero resultaba "no acorde con la finalidad económica". El voto de la minoría razona por la lógica contraria: el contrato tiene la finalidad de prestar un servicio de salud, por consiguiente está incluido, y además todo contrato de prestación de salud debe integrar los avances científicos y en cuanto a la ecuación económica, señala que no hay estudios que permitan asegurar la quiebra de la demandada. Véase también Weingarten, Celia y Gherzi, Carlos A., "Contrato de Medicina Prepaga (La integralidad de la prestación frente a la última opción terapéutica. El transplante de órganos)" JA 1999-IV-1251.

(139) Fallo del Juzg. Crim. y Corre. Transición Mar del Plata publicado en J. A. 2001-681 con nota de Carlos A. Gherzi, "Las cárceles y el sida. Los derechos humanos y la dignidad de la persona".

(140) Véase Foucault, Michel "Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión", p. 311, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1997. El tejido carcelario de la sociedad asegura a la vez las captaciones reales del cuerpo y su perpetua observación; es por sus propiedades intrínsecas, el aparato de castigo más conforme con la nueva economía del poder, y el instrumento para la formación del saber de que esta economía misma necesita. Su funcionamiento panóptico le permite desempeñar este doble papel.

(141) Fallo del Juzg. Nac. Civil, n. 73, 1a Inst. firme, 25/9/95-T.C.A. v. Promed S.A. JA 1996-I-405 con nota de Weingarten, Celia y Gherzi, Carlos A. "Sida y Medicina Prepaga. (un fallo con trascendencia social)".

(142) CSJN, Abril 6-1993-"Bahamondez Marcelo..." E.D. t. 153-253, con notas de Portela y de Bidart Campos. Véase Bueres, Alberto J. "Responsabilidad civil de los médicos", p. 204 y ss. Hammurabi, Bs. As., 1992; Weingarten Celia y Gherzi, Carlos Alberto "La Responsabilidad Médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos" LL 1998-E-1164; Cifuentes Santos, "Reflexiones jurídicas..." cit. nota 125; Krauf, Alfredo "J. "Los derechos de los pacientes", p. 123, Ed. Abeledo Perrot, 1997; Farrell, Martín Diego, "Ética..." cit. nota 62) p. 121.

(143) "El caso Cruzan: ¿Eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico? (El estado vegetativo persistente y los tratamientos de soporte vital: interrogantes éticos y jurídicos) Por Pedro Federico Hooft y Jorge Luis Manzini. ED 149-947 Enuncian los aspectos axiológicamente relevantes ignorados por la mayoría: a) No es obligatorio, ni necesariamente bueno, todo tratamiento para cualquier paciente; b) Niveles de tratamiento: jerarquización. Debe determinarse que nivel de tratamiento es proporcional -apropiado- para la situación actual de un paciente determinado, entendiendo por tal, aquel que le brinda un beneficio que justifique la carga impuesta al paciente, sus familiares o a terceros, contraponiéndolo al tratamiento "desproporcionado"; c) La vida en su dimensión meramente biológica, no es un valor absoluto; d) ¿Quién debe ser el representante legal, el subrogante del paciente? Evidentemente la familia es la que conoce la probable voluntad del paciente, en caso de duda ante la actitud de los parientes, en el derecho argentino sería necesaria la intervención del Defensor Oficial de Menores e Incapaces; e) Hidratación y alimentación artificiales: sólo se deberían aplicar si espera que produzcan al paciente un beneficio real; f) ¿Qué relación tiene la suspensión del soporte vital con la eutanasia? Es distinta, aquí se presenta, como elegir del amplio espectro de medidas terapéuticas posibles, aquellas que se consideran más beneficiosas para esa persona en esa situación particular. Piensese en el caso de Karen Quinlan que continuó con vida luego que se le retirara el respirador artificial.

(144) Código Penal del Uruguay, art. 37: "Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima"

(145) Savater, Fernando "Diccionario Filosófico", p. 226, Editorial Planeta, Barcelona, 1997.

(146) Carlos A. Gershi, "Derecho siglo XXI", p. 73 y sgtes., Gowa Ediciones Profesionales, Bs. As., 2002.

- (147) Candau, Joel "Memoria e Identidad", p. 65, Ediciones del Sol, Bs. As., 2.001. Noble o miserable, todo hombre lleva un nombre desde su nacimiento y, en la Grecia Antigua, los hombres ordinarios que desaparecen en el olvido del Hades se convierten en "anónimos". La memoria indestructible del nombre y del renombre, la que exaltan continuamente los vivos a propósitos de aquellos -los "buenos muertos"- que consiguieron sobrevivir en la gloria de generación en generación gracias a su muerte heroica, se opone a la ausencia de memoria de la masa indistinta de los "sin nombre", privados de remembranza, engullidos "donde ya no existe nada ni nadie". Mientras la evocación de los muertos ilustres por parte de los vivos distingue, en una gloria póstuma pero personal, a ciertos individuos que recuperan así su identidad las cabezas vacías "encapuchadas de tinieblas" vagan sin fuerza en el Hades y "no tienen nada que recordar".
- (148) Ciuro Caldani, Miguel A. "El Derecho Humano a Participar en la Construcción del propio nombre", JA. 2001-II-620 Señala, que en la problemática del nombre suele hablarse también de la tensión entre el humanismo intervencionista que adoptó la decisión mayoritaria, con el consiguiente riesgo genérico de totalitarismo, y el abstencionismo del voto minoritario, con el respectivo peligro de individualismo. A nuestro parecer -nos dice- la regla, que cubre éste caso, ha de ser el humanismo abstencionista con las excepciones intervencionistas que sean imprescindibles.
- (149) Entre los tratados que aluden a éste derecho puede mencionarse: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. XVII: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones..."; Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 6: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 24.2: "Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre"; Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica): art. 3: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", art. 18: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario"; Convención sobre los Derechos del Niño: arts. 7.1., 8.1. (ver nota 48)
- (150) Savater, Fernando, ob. cit. pág. 228/237
- (151) Scarvino, Dardo, "La filosofía actual. Pensar sin certezas", p. 29 y ss., Editorial Paidós, Bs. As., 1999. Ejemplifica con los yamanas de Tierra del Fuego que tienen un verbo para hablar de las cosas que se rompen

y otro para hablar de las cosas que se pierden. Cuando un animal muere, sin embargo, ellos dicen que se rompió; cuando una persona muere en cambio, dicen que se perdió. Decir -nos dice- que los yamanas tienen dos verbos para hablar de un mismo hecho; la muerte, sería una ilusión etnocéntrica, para nosotros se trata de un mismo hecho porque utilizamos un mismo verbo; para ellos se trata de dos hechos diferentes porque las personas no se rompen: se pierden. Podemos llegar a vislumbrar hasta qué punto el mundo de los yamanas, sus creencias, su religión, sus instituciones sociales, su visión de la naturaleza, podían ser distintas a las nuestras nada más que conociendo la diferencia entre nuestros sistemas verbales.

(152) Gherzi, Carlos Alberto, "Derecho Civil. Parte General", p. 244, Astres, 2002.

(153) Demogue - citado por Cifuentes, Santos en "Derechos Personalísimos", pág. 406, Astrea, Bs. As., 1995.- sostuvo que los muertos son semipersonas, por la protección de su memoria y la incolumidad de los cadáveres.

(154) Gherzi, Carlos Alberto, ob. cit., p. 244.

(155) Revista Amara, "Testimonios de Historia y Tradición Oral de la Quebrada de Humahuaca. El Culto a los difuntos entre los quebradeños" p. 8. Año 1 N° 1-Noviembre 2002 (Quebrada de Humahuaca, Pcia de Jujuy-Argentina)

(156) Revista Amara, cit. pág. 30

(157) Candau, Joel, "Antropología de la memoria", p. 7, Ediciones Nueva Visión, Bs. As., 2002.

(158) Candau, Joel, ob. cit., pág. 16.

(159) Harris, Marvin, "Introducción a la antropología general", p. 123 y ss., Alianza Universidad Textos, Madrid, 1985. En cambio no es tan fácil invertir la dirección causal y atribuir todos éstos cambios al deseo por parte de los jóvenes de tener relaciones sexuales prematrimoniales y unirse en matrimonios de prueba. Tales pensamientos se han producido como innovaciones efímeras en generaciones anteriores, pero no han podido pasar a formar parte del repertorio cultural hasta que cambió la infraestructura

(160) Candau, Joel, ob. cit., pág. 17 y sigtes. Jean Guillaumin señala apropiadamente que Freud sostenía una especie de realismo nostálgico: consideraba que el recuerdo podía dar cuenta fielmente del pasado, pero lamentaba que fuera impotente para proporcionar las pruebas de esto.

(161) Gherzi, Carlos Alberto, "Derecho Civil. Parte General", p. 245, Astrea, Bs. As., 2002.

(162) Candau, Joel, "Memoria y Olvido", p. 13, Ediciones del Sol, Bs. As., 2001. Los recuerdos que guardamos de cada época de nuestra vida, son incesantemente reproducidos y permiten que se perpetúe, "como por efecto de una filiación continua, el sentimiento de nuestra identidad. Si bien ésto es cierto, también debe considerarse que también la memoria puede amenazar, trastocar o incluso arruinar los sentimientos de identidad, como lo revelan los trabajos sobre los recuerdos de traumas y de tragedias tales como, por ejemplo, la anamnesis de abusos sexuales en la primera infancia o la memoria del Holocausto.

(163) Art. 75 inc. 17 Const. Nac.: "Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones"

(164) Gil Dominguez, Andrés "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución", p. 180, Ediar, Bs. As., 2.000. "Desarrollo humano" sugiere una inescindible realidad territorio-existencia-identidad. Asimismo, remite al proceso de realización humana en el marco de una economía sostenible y autónoma que sólo los pueblos indígenas, en ejercicio de su autodeterminación pueden definir y caracterizar.

(165) Scavino, Dardo "La filosofía actual. Pensar sin certezas", p. 151, Editorial Paidós, Bs. As., 1.999.

(166) Cechetto, Sergio "Patentar indios Genética, dominación e identidad cultural en el sur argentino-chileno". <http://200.47.11.49/advscripsts/hva/page.asp?PI-ABMIMDP/patentar-indios-texto>. El programa, conocido bajo el nombre de Proyecto Genoma Humano, aportaría conocimientos para la prevención y el tratamiento de enfermedades causadas total o parcialmente por genes defectuosos. Al mismo tiempo el programa esconde zonas más oscuras pues la utilización de esos conocimientos para incorporar mejoras en las industrias alimenticia, medicinal, biotecnológica, de tinturas, fertilizantes, etc, desata una carrera por el patentamiento de secuencias genéticas obtenidas en laboratorio.

(167) Candau, Joel "Memoria y Olvido", ps. 41/115/138, Ediciones del Sol, Bs. As., 2001.

(168) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Art. VI: "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella", Art. XIII: "Toda

persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos..."; Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 16.3. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", art. 27.1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten", Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 10. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible...", Art. 13. 1. "Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad...", Art. 15. 1. "Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) participar en la vida cultural. b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones...", Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): art. 17.1. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"; Convención sobre los Derechos del Niño: Art. 17. "Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental...", art. 28.1. "Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidad ese derecho, deberán en particular: a) implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, b) fomentar el desarrollo en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria...c) hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados..."

(169) Ley 24779, art. 328: "El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años".

(170) Convención sobre los Derechos del Niño: Art. 7. 1. "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de

estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en ésta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida", art. 8.1: "Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias legítimas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad"

(171) Lopez Faura, Norma V. "El Derecho a la Identidad y sus implicancias en la Adopción", en "Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad", Grossman Cecilia -Dirección-, p. 153, Editorial Universidad, Bs. As., 1998. Poder conocer la propia génesis, su procedencia, es una aspiración connatural del ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende.

(172) Pettigiani, Eduardo J. "La identidad del niño ¿está sólo referida a su origen? J.A. Semanario Jurídico N° 6107 16/9/98 p. 44.

(173) Clarin, 05/01/03

APENDICE JURISPRUDENCIAL

DERECHOS PERSONALISIMOS. OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS. AMPARO. IMPROCEDENCIA

"Corresponde rechazar sin sustanciación la demanda de amparo en la que se solicita que se respeten los derechos de la actora y sus hijos a una alimentación sana, a la salud y a una vivienda digna, si no resulta que se les hayan negado las prestaciones requeridas. No es a la Corte Suprema a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32". (Del voto de la mayoría) "No corresponde el rechazo sin sustanciación del amparo en el que se solicita que se respeten los derechos de la actora y sus hijos a una alimentación sana, a la salud y a una vivienda digna" (Del voto en disidencia) (Corte Sup., 12/3/2002 "Ramos, Marta v. Prov. de Bs. As.", con nota de Susana Albanese "Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida" Bs. As, noviembre 20 de 2002-JA 2002-IV, suplemento del fascículo n. 8)

DERECHOS PERSONALISIMOS. OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS. MEDIDA CAUTELAR. AMPARO. PROCEDENCIA

"Es procedente la medida cautelar pedida en una acción de amparo para que el Gobierno provincial proteja la integridad de una familia compuesta por menores que carece de recursos, si existe una situación de riesgo para la salud de los mismos -art. 27.3. Convención sobre los derechos del Niño- debiendo ordenarse que un supermercado les provea alimentos y artículos de primera necesidad y repita los respectivos importes del Estado provincial, autorizándolo para solicitar la compensación de sus deudas fiscales en caso de mora de la Provincia" Juzg. Menores N° 2, Paraná, "Defensor de Menores del Superior Tribunal de Justicia c. Provincia de Entre Rios", Junio 28 de 2002. LL 2002-E-267 con nota de Germán J. Bidart Campos, "Una sentencia que supo dar curso efectivo a los derechos sociales, encontrar al sujeto pasivo y determinar su obligación" "Corresponde hacer lugar a la acción de amparo promovida contra un Estado provincial a fin que éste suministre alimentación digna y necesaria a menores y su grupo familiar carentes de recursos -en el caso vivían en condiciones precarias y los menores padecían desnutrición en grado 1- toda vez que al haber receptado nuestra Constitución normas sobre la familia, devino imperativo para el Estado asistirlos, no sólo económicamente, sino también en los aspectos sociales, religiosos y jurídicos"(JMencres N° 2, Parana, 21 de

Julio de 2002. "Defensor del Superior Tribunal c. Provincia de Entre Ríos" LL 2002-E-270 con nota de Miguel Angel Ciuro Caldani, "Un pronunciamiento con amplias proyecciones problemáticas (notas de filosofía de la propiedad)"

CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. OPERATIVIDAD. OBLIGACION DEL ESTADO. ACCIONES POSITIVAS. DERECHO A LA VIDA.

"El Estado Nacional debe promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieren los niños con impedimentos físicos o mentales -en el caso un menor sin cobertura médica que sufre parálisis cerebral- por aplicación de los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1.994 en el art. 75 inc. 22. El Estado nacional debe garantizar el derecho a la preservación de la salud mediante acciones positivas -en el caso, rehabilitación de un niño sin cobertura médica que sufre parálisis cerebral- sin perjuicio de las obligaciones inherentes a las jurisdicciones locales, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. El derecho a la vida -comprensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental" (CS, 16/10/01. LL 2002-E-298 con nota de Gustavo A. Atta,

*Argentina, subdesarrollo y derechos económicos, sociales y culturales)

DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES. NORMAS PENALES. PROPORCIONALIDAD

La relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna incluye un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, sino que debe atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que se pueda perseguir con la pena, a las diversas formas en que la misma opera, que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos, y a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma. Para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, cabe indagar si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección y si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la

entidad del delito y la entidad de la pena. Cabe calificar de innecesaria la norma penal o la sanción penal en la que resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, y sólo podrá calificarse de desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa. El control del Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia, es limitado, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y abocarse a consideraciones políticas, económicas y de oportunidad para las que no está constitucionalmente concebido. (TConst. España, sala pleno, 20/7/99. Mesa Nacional de HB LL 2000-B-p. 717 con notas de Carlos Bernal Pulido "Discutamos sobre los argumentos de la sentencia de HB" y Juan Cianiardo "Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales".)

TRATO DISCRIMINATORIO. IGUALDAD ANTE LA LEY.

La Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a la aplicación de disposiciones nacionales como las del Derecho Alemán, que de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea estableció que cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe respetar el principio de proporcionalidad que forma parte del Derecho comunitario y que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto. (TJ Comunidad Europea, sala en pleno, 111/0 LL 2000-B-727)

LEY DE SALUD REPRODUCTIVA Y DE PROCREACION RESPONSABLE. INCONSTITUCIONALIDAD. PATRIA POTESTAD. DERECHO A LA INTIMIDAD. ACTOS RESERVADOS. CONSTITUCION NACIONAL. DERECHO A LA IDENTIDAD

"La ley 418 dictada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es inconstitucional en cuanto trata temas de salud reproductiva y de planificación familiar en contradicción al libre ejercicio de la patris potestad, que es materia exclusiva del Congreso de la Nación -art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional-."Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable pues ataca el

derecho a la intimidad garantizado constitucionalmente -art. 19- por el que se pretende asegurar el secreto, el desconocimiento por terceros o reserva de los próximos actos que uno mismo decida, facultando al individuo a impedir que ciertos aspectos de su vida y de su persona sean conocidos o tomen estado público a través de diferentes formas de intrusión" (Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 34) La Ley, 2002-B-527

ESTERILIZACION DE INCAPACES. CONSTITUCIONALIDAD

"La esterilización de quien padece deficiencias psíquicas graves, previa autorización judicial, es plenamente legítima desde la perspectiva teleológica, toda que la finalidad de la norma -tendiente siempre a mejorar las condiciones de vida del incapaz y su bienestar - permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines. En efecto, dicha intervención queda justificada, pues hace posible que el incapaz ejercite su sexualidad sin el riesgo de una posible procreación, cuyas consecuencias no puede prevenir ni asumir conscientemente; por otra parte, también es lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, porque no es una medida desmedida para alcanzar en condiciones de seguridad y certeza el fin pretendido"(Tribunal Constitucional de España, 14/7/94, Fallo n. 45983, ED 159-518)

ESTERILIZACION. EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS CONTRACEPTIVOS

"Los peligros de un embarazo ulterior con los antecedentes de una cesárea y de la ruptura uterina, si bien es alto riesgo, pudieron ser evitados por otros medios anticonceptivos cuya elección era del resorte exclusivo de la actora y su marido. No es justificada la imposición extrema de la supresión definitiva de la vital función de procrear con sus implicancias sociales y psicológicas resueltas por el profesional actuante".(Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B. La Ley 1986-A-413)

ESTERILIZACION DE INCAPACES. INDICACION TERAPEUTICA. INEXISTENCIA DE UN DEBER JURIDICO A CONCEBIR. CONDUCTA AUTORREFERENTE

"Si bien es cierto que la ley 17132, que regula en el orden nacional las profesiones médicas, establece en principio la prohibición para la práctica de las intervenciones quirúrgicas que impliquen esterilización, no lo es menos que se exceptúan los casos en que exista una clara indicación terapéutica. No existe un deber jurídico en orden la procreación, de manera tal que todo lo atinente a la voluntad procreacional pertenece al ámbito de las decisiones íntimas de la pareja, dentro del ámbito de reserva amparado por el art. 19 CN. Tratándose de una conducta autorreferente, la decisión de la amparada de requerir autorización para practicar una ligadura tubaria bilateral, previo consentimiento informado, libre y esclarecido, importa el ejercicio de un derecho

personalísimo en orden a la procreación responsable, de su propia salud y del bienestar de su grupo familiar" (Juzg. Crim. y Correc., Transición Mar del Plata, n. 1. 5/3/99 J.A. 2002-397, con nota de Elsa B. Benítez-Carlos A. Ghersi "Los conflictos entre derechos personalísimos: "Derecho a la salud o la procreación" y el derecho de la mujer a decidir su propio proyecto de vida)

ESTERILIZACION DE INCAPACES. DERECHO A CONCEBIR. DEBER DE NO CONCEBIR.

"El derecho de tener un hijo se transforma en el deber de no tenerlo cuando no están dadas -ni siquiera mínimamente- las condiciones de la procreación, solución a la que se debe arribar con la finalidad de proteger la salud de la paciente en sentido amplio y que constituye un derecho humano fundamental de raigambre constitucional" (Juzg. Crim. Mar del Plata, 6/12/96, JA-1997-III-375 con nota de Augusto Mario Morello

"Esterilización de Incapaces, Derechos Fundamentales y Garantías Procesales".

ESTERILIZACION DE INCAPACES. FACULTADES DE LA CURADORA. IMPROCEDENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

"Es suficiente el consentimiento de la tutora de la insana para que se aplique a la misma algún método de esterilización (habida cuenta de los embarazos periódicos de ésta, aunque dicho consentimiento debe estar supeditado a una indicación terapéutica, como sería si facultativos del arte de curar en esa materia (psiquiatría) concluyeran que dicho acto, es necesario para el restablecimiento de la salud de la insana. No cabe en consecuencia acceder a la autorización judicial solicitada" (CCivil Familia y Sucesiones, (Tucumán 12/7/82 con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi "Precisiones a un fallo que deniega autorización judicial para esterilizar a una incapaz" LL 1983-C-500)

AUTORIZACION JUDICIAL. PROCEDENCIA

"Si bien el ordenamiento jurídico no prevé como mecanismo procesal autónomo, el trámite de la denominada "autorización judicial" para determinadas situaciones, ante la omisión de la ejecución de una acción terapéutica -omisión que pone en peligro el derecho a la salud- declinar la competencia judicial importaría una verdadera privación de justicia, tanto más grave por cuanto a causa de ella la salud de la peticionante correría serios riesgos" (Juzg. Crim. N° 3, Mar del Plata, 12/8/91 LL 1991-E-565 con nota de Susana Albanese "La autorización judicial para una intervención quirúrgica frente a una situación límite".

CONTRACEPCION. DIU. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE SU INCORRECTA COLOCACION. PROCREACION NO DESEADA

"Es procedente la indemnización del daño material y moral provocado a la reclamante con motivo de la procreación no deseada y acaecida por la implantación de un dispositivo intrauterino defectuoso e inadecuado para el uso al que estaba destinado, toda vez que aquella -al necesitar guardar cama a causa del embarazo- dejó de atender el negocio que regenteaba, con la consiguiente aminoración productiva, habiéndola afectado asimismo una situación depresiva que alteró su armonía anímica y le produjo un inevitable estado de preocupación atentatorio de su libertad por causa de la gestación no querida" Si bien la relación creada entre el Centro de Planificación Familiar dependiente de la Diputación demandada y la actora, quien requirió a aquel la colocación de un dispositivo intrauterino, se aproxima a un contrato de arrendamiento de obra al perseguirse un resultado concreto, debe atenderse en todo caso a la obligación de medios, los cuales deben ser adecuados e idóneos para conseguir el fin pretendido, que en el caso se frustró por los defectos que presentaba el material, lo cual causó a la reclamante un embarazo no deseado". (Tribunal Supremo de España. RCyS, 2000-1188)

METODO CONTRACEPTIVO. PILDORA DEL DIA DESPUES. METODO ABORTIVO. NO CONSTITUYE MATERIA DE RECURSO EXTRAORDINARIO. NO HABILITA LA VIA DEL AMPARO.

"Toda vez que la vida comienza con la fecundación y todo método que impide el anidamiento del óvulo fecundado en el útero materno debe considerarse como abortivo, corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco que produce tales efectos" (Del voto de la mayoría) "El recurso extraordinario interpuesto en autos no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal". (Del voto en disidencia de los Dres. Fayt y Bossert) "El recurso extraordinario que ha sido concedido por la Cámara a quo no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, puesto que el fallo recurrido expresamente dejó a salvo la posibilidad de que la cuestión en debate se plantee en un proceso de conocimiento ulterior. Por otra parte, la vía del amparo -consagrada como procedimiento constitucional por la reforma de la Ley Suprema de 1.994, en el nuevo texto del art. 43- está excluida por la existencia de otro medio judicial más idóneo, y supone la necesidad urgente de restablecer los derechos esenciales afectados, lo que requiere una decisión más o menos inmediata. De ahí que se vea desvirtuada por la introducción de cuestiones cuya elucidación requiera un debate más amplio y no se regularice por aceptar elementos de juicio necesariamente parciales en virtud de la limitación de las

posibilidades probatorias del proceso, y que, además, ponen de manifiesto la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (Del voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi) (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Portal de Belén- Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S. y A.S., La Ley, 2002-B-520)

DERECHO A CONCEBIR. INTIMIDAD

"El derecho a la autonomía individual en materia de procreación es una parte vital del derecho individual a la privacidad" (Sup. Corte Tennessee (EEUU) 1/6/92- Davis, Junior Lewis vs. Davis Mary Sue, J.A., 12/5/1993, p. 36)

MATERNIDAD POR SUSTITUCION. VALIDEZ DE LOS CONVENIOS

"Si bien la ley reconoce tanto a la consanguinidad genética como al dar a luz, como medios para establecer una relación de maternidad, cuando los dos medios no coincidan en sola mujer, entonces debe ser considerada como madre natural bajo el derecho de California aquella que tuvo la intención de procrear al niño, esto es, aquella que quiso provocar el nacimiento del niño y al cual ella tenía la intención de criar como propio" "Cuando a raíz de un acuerdo de maternidad substitutiva, un cigoto formado por los gametos de un esposo y una esposa es implantado en el útero de otra mujer, aquellos cónyuges son los padres naturales del niño, y tal solución no afecta la Constitución de California ni la Federal, ni tampoco el orden público" (Sup. Corte de California (EEUU), 20/5/93-Johnson v. Calvert-JA 1995-I-440 con nota de Adriana M. Wagmaister y Lea M. Levy "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica".

MATERNIDAD POR SUSTITUCION. NULIDAD DE LOS CONVENIOS

"La convención por la cual una mujer se compromete aún a título gratuito a gestar y traer al mundo un niño y abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano como el de la indisponibilidad del estado de las personas. La adopción es la última fase de un convenio nulo que atenta al orden público y que por lo tanto en interés de la ley no puede ser aceptada". (Corte de Casación Francesa, citado por Graciela Medina "Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana", Rev. La Ley 24/6/97)

REPRODUCCION ASISTIDA. DECRETO 24029-S/95.INCONSTITUCIONALIDAD

Se solicita que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto 24029-S/95. Este decreto que en el art. 1 autoriza la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establece reglas para su realización. En el art. 2 define las técnicas de reproducción asistida como "todas aquellas

técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio". No basta con establecer las restricciones que contiene el decreto, pues la aplicación de la Técnica de fecundación In vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometidos a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesta a un riesgo desproporcionado de muerte. (Del voto de la mayoría) El derecho a la reproducción, como derecho a la autodeterminación física, permite al sujeto acceder a la reproducción natural, como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas. Específicamente, los artículos 9 y 10 prohíben la fertilización de más de seis óvulos, obligan a implantar todos los que sean fecundados en el útero de la madre y proscriben su eliminación o conservación para ser utilizados en ciclos subsecuentes. Tales disposiciones protegen de forma suficiente el derecho a la vida y a la dignidad de los no nacidos, pues de acuerdo con las opiniones técnicas agregadas, raras veces los seis óvulos son fecundados -generalmente son tres, pero si lo fueran, es posible que los seis embriones puedan terminar con éxito el embarazo. Asimismo, dados los avances de la medicina, también es factible que niños producto de un embarazo múltiple, sobrevivan aunque su nacimiento sea prematuro. Es por ello que, a diferencia del criterio de la mayoría, estimamos que el hecho de que algunos o todos los embriones colocados en el útero de la madre como parte de la Técnica de Fecundación In Vitro no lleguen a implantarse, o si se implantan, el embarazo no llegue a término, es una circunstancia natural que depende de la configuración genética que la naturaleza designó para cada uno de los embriones concebidos gracias a la facilitación de la unión de óvulo y espermatozoide. Es esa característica de cada uno de ellos, la que determina si son capaces o no de mantener un embarazo, es decir, se presenta una medida selectiva natural, en la que no interviene de manera alguna el equipo médico que desarrolla la técnica. (Del voto de la minoría) (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica, 15-3-00. <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/AcercaFIVETCRica.html>)

PROCREACION ASISTIDA. CONDENADO. DERECHO A CONCEBIR.

"El derecho a procrear -es decir la facultad de decidir tener hijos o no hacerlo y en qué momento- constituye uno de los derechos civiles básicos del hombre y, en cuanto tal, goza de protección constitucional, dado que resulta fundamental para la existencia y la supervivencia misma de la raza humana. Los derechos

constitucionales compatibles con la condición de presidiario varón -en el caso el derecho a procrear por inseminación artificial de la esposa- no se extinguen con la condena a prisión perpetua. El presidiario condenado a prisión perpetua carece de derecho a procrear -en el caso enviando semen por correo para que su esposa sea inseminada artificialmente- ya que si bien el derecho a contraer matrimonio no se extingue con la condena penal, su consumación total es una expectativa postergada hasta el momento en que el recluso recupere su libertad (del voto en disidencia) (C. Apel. Federal, 9no circuito, California, 5/9/01 L.L. 2002-E-326, con nota de Diego L. Guardia y Luis R.J. Salas, "El derecho a procrear del condenado a cumplir una pena privativa de la libertad")

FECUNDACION IN VITRO. LA PROTECCION DEL EMBRION

"Una vez producida la fecundación in vitro y concebido el nuevo ser humano, cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y los derechos a la vida y a la integridad personal" (CNCivil Sala I, 3/12/1989-Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo JA 2000-III-630)

DERECHO A NACER. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA

"El art. 70 C.C. afirma la existencia desde la concepción en el seno materno; por su parte la Convención de Derechos Humanos de San José de Costa Rica reconoce el derecho a la vida a partir de la concepción. Por ello el no nacido es un sujeto apto para ostentar titularidad jurídica sobre su vida, se trata de un derecho"(Juzg. n. 26, 1a Inst. Civ. 27/8/85- J.A. 1989-III-355. E.D. del 23 de Abril de 1986, n° 6471 (tomo 117)

DERECHO A NACER. ANENCEFALIA. AUTORIZACION. IMPROCEDENCIA. CONFLICTO DE DERECHOS

"Debe negarse el permiso solicitado para inducir un parto o practicar una cesárea que anticipe el nacimiento de un feto anencefálico cuya posibilidad de vida extrauterina es casi nula, no existiendo riesgo para la vida de la madre, en razón de los principios de protección a la personalidad del "nasciturus" desde la concepción, "in dubio pro vida" y primacía del interés superior del niño -reserva formulada por la República Argentina respecto del art. 1° Convención sobre los Derechos del Niño" (voto del Dr. Pettigiani en mayoría)*Debe autorizarse la inducción de parto o práctica de una cesárea solicitada para anticipar el nacimiento de un feto anencefálico cuya posibilidad de vida extrauterina es casi nula, si la prolongación del embarazo incrementa los riesgos para la salud y la vida de la madre" (Del voto en disidencia del doctor San Martín)*El permiso judicial para que se induzca el parto de una mujer en avanzado estado de gestación -trigésimo séptima semana

de gestación- o se practique una cesárea que anticipe el nacimiento del feto anencefálico cuya posibilidad de vida extrauterina es casi nula no configura autorización para realizar un aborto, pues no empeora la suerte del niño, cuyo fallecimiento no se producirá por adelantar el parto, sino por su patología, máxime si la intervención se práctica según las reglas del arte de la medicina y con el mayor respeto hacia la vida embrionaria" (del voto en disidencia del doctor Hitters)(SCBA, 22 de Junio de 2001. El fallo fue revocado por la Corte. L.L. 2002-D-580 con notas de Ana Maria Chechile "Derecho a la vida del Nasciturus que padece anencefalia y derecho a la salud de la madre gestante y su grupo familiar" y de Silvia E. Palomero "Anencefalia"); JA 2001-IV-388 con nota de Gabriel D. Jarque, "Autorizaciones judiciales, derechos enfrentados y los tiempos del proceso" (A propósito de un fallo sobre anencefalia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires)

DERECHO A NACER ANENCEFALIA. AUTORIZACION. PROCEDENCIA.

"Corresponde autorizar la inducción de un parto en el octavo mes de embarazo, tratándose de un feto anencefálico que carece de viabilidad extrauterina, a fin de proteger la salud psicológica y física de la madre" (del voto de la mayoría)"No procede autorizar la inducción del parto en el octavo mes de embarazo, tratándose de un feto anencefálico que carece de viabilidad extrauterina, pues lo privaría de la perspectiva de seguir viviendo en seno materno hasta el día de su alumbramiento natural" (Del voto en disidencia del Dr. Boggiano" (Corte Suprema, "T.S. v. Gobierno de la Ciudad de Bs. As", 11/1/2001. JA 2001-II-356 con notas de Augusto Mario Morello "Entre la vida y la muerte" y Pedro Federico Hooft "La bioética y el Derecho, unidos en mitigar el dolor humano: La anencefalia a la luz de los derechos humanos y de la bioética"; LL 2001-A-189; ED revista del 13-3-01)

ABORTO TERAPEUTICO. DESPENALIZACION. CONFLICTO DE DERECHOS.

"El art. 86 inc. 1 C.P., despenaliza el aborto, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este peligro no puede ser evitado por otros medios. En la vida legal del aborto necesario, el ordenamiento jurídico resuelve el conflicto surgido entre dos vidas humanas, con sacrificio de la del hijo en aras de la madre" (Juzg. 2 San Martín, 1a Inst. Civ. y Com. 31/10/86- J.A. 1989-III-357)

ABORTO. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. VIDA DE LA MUJER

"Sólo alcanza a la mujer la preponderancia del bien jurídico (a la vida), por encima de la persecución penal del aborto, más no a los coautores, instigadores o cómplices" (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 29 de noviembre de 1991, DJ, 1992-2-923; LL, 1992-D-442).

ABORTO EN SUPUESTO DE VIOLACION. ALCANCE DEL ART. 86 INC. 2 CODIGO PENAL

"El art. 86 inc. 2° C.P. sólo ampara el aborto practicado en una mujer "idiota o demente" excluyendo al mismo tiempo, en consecuencia el llamado aborto sentimental..." (Juzg. n. 2, 1a Inst. Pen. Mendoza, 31/1/85. JA 1989-III-352) "De acuerdo al art. 86 inc. 2 C.P. vigente no es punible, en la Argentina, el aborto practicado por médico diplomado con consentimiento de la mujer si el embarazo proviene de una violación" (Juz. Nac. de 1ra Inst. en lo Crim. y Corr. n. 18. 2-6-89. JA 1989-III-369)

ABORTO. AUTORIZACION JUDICIAL. IMPROCEDENCIA

"La damnificada, embarazada como consecuencia de una violación, no puede pretender suplir su responsabilidad en forma anticipada, por un aborto, delegando la misma en la persona del juez, pues éste sería, en el caso de facultarlo u ordenarlo el verdadero criminal, cuando no es facultad de ningún magistrado mandar matar a una persona inocente" (Juzg. Nac. Penal n° 18, 1ª Instancia firme, 2 de junio 1989, DJ 1989-2-258)

ABORTO TERAPEUTICO. AUTORIZACION JUDICIAL. IMPROCEDENCIA

"No está prevista la previa autorización judicial para la realización del aborto terapéutico en la disposición del art. 86, inc. 2° (Juzg. Instr. 7° Nominación, Rosario, LL, 1988-E-375)

ABORTO TERAPEUTICO. AMPARO. ANENCEFALIA. ESTERILIZACION

La acción de amparo provincial constituye la vía idónea para la protección efectiva del derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud. Debe encuadrarse el caso en la figura del aborto terapéutico del art. 86 inc. 1 CP, atento las inequívocas referencias a la existencia de un feto con gravísimas malformaciones, considerado "inviabile" conforme a muy fundados criterios médicos y en base a autorizada bibliografía científica debidamente individualizada en la pericia médica. Por tanto, se legitima -inclusive desde el punto de vista ético- la pronta intervención médica tendiente a la inducción del parto, o a la eventual cesárea. Corresponde acceder a la petición referida a la práctica de una ligadura tubaria bilateral, si concurren en el caso serias razones de carácter terapéutico preventivo, ya que ésta esterilización se presenta como medio

eficaz para la protección de valores y derechos de raigambre constitucional, ante el peligro cierto y grave que un nuevo e hipotético embarazo futuro pudiera significar para la salud e incluso para la vida de la amparista. (Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 5/9/97-A, K. J.A. 1998-IV-297 con notas José A. Mainetti y María M. Mainetti "El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama..." y Eduardo L. Tinant, "Aborto Terapéutico, principio "pro minoris" y objeción de conciencia del profesional")

ABORTO. MEDICO. OBLIGACION DE DENUNCIAR. SECRETO PROFESIONAL

"Es improcedente el sumario criminal contra la mujer causante de su propio aborto o que lo haya permitido a otro sobre la base de la denuncia efectuada por el profesional de un arte de curar que haya conocido el hecho en razón a su profesión o empleo, más si es procedente en todos los casos respecto de sus cómplices, instigadores y cómplices" (Cám. Nac. Crim. y Corr., en pleno, 26 de agosto 1966, ED, 16-3; JA 1966-V-69; LL 123-842)

"La mujer que consiente que un tercero le cause un aborto, si como consecuencia del mismo sufre complicaciones que afectan a su salud y para atenderlas requiere los auxilios de un médico, debe estar amparada por el secreto profesional pertinente" (Sup. Corte Bs. As., 7 de julio 1992, ED 152-522; DJBA 143-4-465; JA 1993-II-64; LL 1994-B-556)

TRANSPLANTE DE ORGANOS. MEDICINA PREPAGA. INTERPRETACION. PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS.

En punto a la interpretación del contrato de medicina prepaga dicha tarea no puede llevarse a cabo al margen de la consideración del estado de conocimiento médico que en la materia de los trasplantes de hígado se registraba en la comunidad científica en la época en la que el reclamante necesitó una intervención de tales características. Si al tiempo de la internación no se había realizado todavía en el país operación de trasplante alguno, no puede dudarse de que respecto de ellas no existían criterios valederos y serios sustentados en la práctica constante y en informaciones periodísticas y técnicas de difusión pública y privada; por tal motivo la inclusión o exclusión de las mismas en los planes prepagos de ninguna manera podía constituir expectativas serias con relación a los pacientes o empresas de medicina prepaga y por tanto nunca podían estar en la mente de ambos que el plan de referencia las comprendía. (Del voto de la mayoría) En el contrato de medicina prepaga, la adherente debe haber entendido razonablemente que el sistema al que se incorporaba estaba destinado a socorrerla, garantizándole toda la atención médica necesaria en el supuesto de enfermarse;

admitido ello, mayor debe ser el auxilio cuanto más grave sea la enfermedad, pues nadie se afilia a éstos sistemas por problemas menores sino para cubrir el riesgo de enfermedades serias y de alto costo. Aceptado que el espíritu del contrato de medicina prepaga es cubrir el riesgo de enfermedades graves y de alto costo es obvio que quien contrata -sobre todo ignorante de los avances científicos- espera ser asistido en un futuro con las mejores técnicas que existían en ese momento y no con las conocidas al tiempo de contratar. (del voto de la minoría en disidencia) (CNCivil, Sala H, "Peña de Marquez Iraola, Jacoba M. v. Asociación Civil Hospital Alemán" J. A. 1998-IV-494)

PENAS: EJECUCION: ARRESTO DOMICILIARIO

Resulta procedente convertir la excarcelación extraordinaria concedida al interno que padece HIV/Sida positivo en arresto domiciliario -art. 19 ley 12256.- (Juzg. Crim. y Corre. Transición Mar del Plata, - M.M., G.A. JA 2001-I-681)

TRATAMIENTO MEDICO. CONTINUIDAD. CALIDAD

"Ante la decisión de la mutual de excluir a un afiliado de la atención médica de internación en un nosocomio donde es tratado desde que se diagnosticó su dolencia y trasladarlo a otras instituciones que a juicio del peticionante no poseen las mismas definiciones de calidad para el tratamiento corresponde a título de cautelar innovativo que se reestablezca en forma inmediata la prestación en las mismas e idénticas condiciones en que se venía efectuando, a fin de preservar la salud del peticionante". (C.Nac. Civ. Sala C, 19/11/99, JA 2000-III-440 con nota de Celia Weingarten, "Calidad de vida, continuidad del tratamiento y derecho al no sufrimiento")

TRATAMIENTO MEDICO. NEGATIVA. CONDUCTA AUTORREFRENTE SI NO CONFIGURA UNA FORMA DE SUICIDIO

"La vida, la integridad personal y la salud están considerados en la conciencia social y en el derecho positivo como valores que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente. Entre los derechos a la integridad física, relativos al cuerpo y a la salud, es dable afirmar que nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando -como en la especie- está en condiciones de expresar su voluntad". No surgiendo que la conducta del paciente configure una forma de suicidio, debe respetarse la voluntad de aquel y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que el paciente sea el "árbitro único e irremplazable de la

situación". El principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza de la vida". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 21/2/91, "caso Jacobson", LL 1991-B-363 con nota de Jorge H. Bustamante Alsina "La voluntad de cada uno es el sólo arbitrio para decidir una intervención en su propio cuerpo")

TRATAMIENTO MEDICO. OPERACION QUIRURGICA. PELIGRO DE MUERTE. NEGATIVA DEL PACIENTE. DIGNIDAD PERSONAL. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

"El art. 18 inc. 3º de la ley 17132 que regula el ejercicio de la medicina en el orden nacional, preceptúa que deberá respetarse la voluntad del paciente...en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...(con las excepciones allí previstas, en las que no encuadra el caso de autos), dispone asimismo que "...en las operaciones mutilantes, se solicitará la conformidad por escrito del enfermo...". Tales previsiones, en ausencia de normas pertinentes al respecto en la legislación provincial...resultan así de aplicación analógica..."

"Estimo que en las circunstancias particulares del caso, proceder a la amputación del segundo miembro inferior del paciente Parodi, contraviniendo su expresa voluntad claramente expresada con anterioridad, y en momentos en que el enfermo debía ser considerado "competente" -en el sentido bioético- y plenamente "capaz" -desde la perspectiva jurídica- importaría una grave ofensa a su dignidad como persona humana". Es por ello que en este supuesto el valor "vida" (como bien jurídicamente tutelado) a través de la intervención médica contra la voluntad del propio paciente, no puede ni debe prevalecer frente al principio de la dignidad inherente a todo ser humano". (Juzg. de Primera Inst. en lo Criminal y Correc. Nº 3, Mar del Plata, 18/9/95 "caso Parodi". cit. por Cuadernos de Bioética...p. 173)

TRATAMIENTO MEDICO. PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS VITALES. SUBSISTENCIA DE LA COBERTURA SOCIAL. MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

"El pedido formulado por una madre desempleada, de que su obra social continúe prestando servicio médico asistencial a su hijo oxigenodependiente más allá del plazo de cese de la cobertura, y ante la falta de precisión sobre la fecha de entrega del equipo necesario por parte del ente público correspondiente, se encuadra en el ámbito de las medidas autosatisfactivas. Ante el inminente cese del servicio médico asistencial prestado por una obra social a una menor oxigenodependiente, derivado del fin de la cobertura, con el consiguiente riesgo para la vida de la paciente, corresponde disponer, a título de medida autosatisfactiva: a) que la obra social continúe prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud provea a la menor en plazo perentorio la prestación de salud adecuada, responsabilizándose en forma personal al titular del organismo por el

incumplimiento de lo ordenado" (Trib. Familia Lomas de Zamora, 21/5/99. JA 2000-II-392 con nota de Carlos A. Gherzi, "Derecho Civil Constitucional a la Salud. Medidas Autosatisfactivas").

PERSONAS FISICAS: APELLIDO-ANTEPASADO EXTRANJERO-RECTIFICACION

El decreto 8204/63 enuncia dos tipos de rectificaciones, las motivadas por errores materiales que surgen evidentes del propio texto de las partidas o de su cotejo con otros instrumentos públicos, los que pueden ser enmendados por la Dirección del Registro Civil aún de oficio, y todos los otros casos en que sólo pueden modificarse por decisión judicial. Si los actores sólo adjuntaron un acta consular de 1853, de la cual no surge dato filiatorio, ni se identifica partida o certificación que revele que el nombre de la familia es el realmente consignado, ello no resulta suficiente para acreditar el apellido de la familia del bisabuelo a los fines de la modificación. Si el antecesor nació en 1878 y los registros civiles comenzaron a funcionar en 1886, no es dable contar con el acta de nacimiento que pruebe el suceso. (del voto en disidencia)

A la hora de ponderar la rectificación de errores en los instrumentos que prueba el nombre deben tenerse como premisas las existentes en materia de modificación, sin olvidar que la rectificación es un derecho del individuo. (del voto en disidencia) Puede considerarse acreditado el apellido mediante la prueba de presunciones y hacerse lugar a la acción intertida, tendiente a obtener la modificación del nombre y la rectificación de las partidas. (del voto en disidencia) (C. Nac. Civ., Sala I, 12/9/00- Jacob, Guillermo D. y otros, JA 2001-II-608)

CADAVER. DISPOSICION. CREMACION. VOLUNTAD DEL CAUSANTE.

"Es indiscutible el derecho de las personas para disponer sobre el destino ulterior de sus restos mortales, es decir que el principio que gobierna el derecho de inhumación y custodia es la voluntad del causante. Cuando dicha voluntad no ha sido expresa ni tácitamente manifestada, la solución la da el principio de la mayor aproximación afectiva, combinado con el del más cercano parentesco" (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 4a, 21/9/93. JA 1994-III-320)

PERSONAS. IDENTIFICACION. REGIMEN PENAL

El art. 33 inc. c) ley 20974 tiene por finalidad la protección de la identidad y la seguridad en la identificación de las personas. La ley 20794 a través de la actual redacción de su art. 33, castiga la tenencia de documento ajeno que tenga la "ilegitimidad" de significar un agravio, cierto o potencial al bien jurídico protegido por la ley, que es la certeza en la identificación de las personas" (Del voto de la mayoría) El delito previsto por el

art. 33 ley 20794 se tipificará cada vez que un sujeto tenga en su poder un documento nacional de identidad que no le pertenezca y que no logre demostrar que esa tenencia está autorizada o es legítima. (del voto en disidencia) Cuando la ley reprime la tenencia de documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, no está requiriendo un dolo específico, sino que basta que el tenedor sepa qué es lo que tiene (Del voto en disidencia) (Trib. Oral Crim. Fed. N° 2 Mendoza, 18-5-94. JA 1994-III-389 con nota de Juan C. Aguinaga "Una modificación en la interpretación del delito de tenencia ilegítima de documento de identidad ajeno")

NOMBRE FUNCION

"El nombre permite por sí sólo o con otras circunstancias, la individualización de cada persona en relación con los demás, ello constituye un valor en lo jurídico y en lo social importa, por tanto que esa unidad valiosa aparezca al sólo enunciado de la palabra sin equívoco ni confusión posible" (CNCivil, Sala C. JA 1986-III-203)

DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO A LA IDENTIFICACION. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

El derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características psicosomáticas, espirituales y sociales que permiten individualizar a la persona en sociedad, y comprende una faz estática, relacionada con lo biológico y física, y una faz dinámica que hace al desarrollo y evolución de la personalidad. El derecho a la identidad resulta diferente del derecho a la identificación –esto es, a la inscripción en el Registro de las Personas- siendo el primero de ellos un derecho personalísimo y el segundo un atributo jurídico de la persona constitutiva de su ser en el derecho, con un régimen de protección propio con trascendencia en el mundo jurídico con el que se logra una concreta posición de la persona en el seno de la familia a la que pertenece. El derecho a la identificación –esto es, a la inscripción en el Registro de las Personas- es sólo una de las proyecciones del derecho a la identidad, pero representa el primer tramo visible en la formación de la misma, por lo que no se circunscribe a una mera función jurídica formal que posibilita ubicar y distinguir a los sujetos a los fines de la organización social. Se trata de circunstancias condicionantes dentro del derecho a la identidad, cuyos efectos también se extenderán en el supuesto de hacerse efectiva la adopción del menor –en el caso, cuestionada por vía del reclamo de la madre biológica de su guarda-. (C2°CC, Santiago del Estero, agosto 12-998. La Ley Noroeste 2000-427)

**DERECHO A LA IDENTIDAD. NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA.
PRESUNCION. APRECIACION**

La actitud renuente del demandado a someterse a pruebas biológicas tendientes a probar su paternidad, constituye una severa presunción en su contra, que resulta robustecida con la fuerza de lo dispuesto por los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada en nuestra Constitución Nacional. No existiendo ninguna razón que justifique la negativa del demandado a que se produzca prueba biológica destinada a demostrar la existencia de incompatibilidad de los grupos sanguíneos de las partes —en el caso, en un juicio de filiación—, cabe presumir la verosimilitud de la tesis contraria a quien sostiene la injustificada negativa. Toda vez que las partes en el proceso tienen el deber de cooperar y colaborar en la obtención de la verdad, y toda vez que ese deber surge de la ley, mal puede ser invocada la parte final del art. 19 de la Constitución Nacional —en virtud de la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que la ley no prohíbe— para excepcionarse de someterse a una prueba de paternidad en un juicio de filiación. El derecho a la identidad personal es la facultad de exigir la fiel representación de la persona, sin deformación de sus cualidades o caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos de aquellos reales del sujeto. (ST Jujuy, 10/9/99. LL Noroeste 2000-1205)

BIBLIOGRAFIA

- Albanese, Susana, "Derechos Humanos (operatividad y programatividad de los tratados internacionales incorporados al derecho interno a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema" ED 130-797; "La competencia dispositiva de los órganos de control en las Convenciones Internacionales" La ley 16/10/86; "El código de ética y los deberes fundamentales del abogado respecto del orden constitucional", L.L. del 19/12/88; "Algunas consideraciones entre los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos" ED 135-927; "El Derecho a la vida y el pacto de San José de Costa Rica" ED 139-861; "Integración del derecho: Corte Interamericana de derechos humanos" ED 140-899.
- Andorno, Roberto, "Procreación Asistida: Posiciones contrapuestas en el derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos" JA 1994-III-925.
- Antoni, Jorge S. "Los Derechos de la Personalidad" en "Temas de Derecho Civil", Universidad Nacional de Tucumán, 1973.
- Apesteguis, Carlos Alberto, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional" LL 1994-C-881
- Ayala Corao, Carlos M. "El derecho de los derechos humanos" ED 168-758.
- Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal. Parte General", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998; "Lineamientos de la teoría del delito", Hammurabi, Bs. As., 1994.
- Baez de Figuerola, Alicia O. y Chiapini, Julio "El daño material por la muerte del nasciturus", JA 1989-IV-857
- Baldarenas, Jorge A., "¿Son los "menores"... incapaces?" en rev. "Derecho de Familia", N° 11, p. 79, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997.
- Barbarosch, Eduardo "La teoría de la justicia de John Rawls y su relevancia al finalizar el milenio", en Anuario de Filosofía jurídica y social, p. 161, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999.
- Baratta, Alessandro "Integración-Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, 1985.
- Barroso, Fernando Luis "Personalidad jurídica y derecho a la vida del no nacido: replanteo de la cuestión a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos" ED 158-1018.

- Basso, Domingo M. "Nacer y morir con dignidad. Estudios de Bioética Contemporánea", Consorcio de Médicos Católicos de Bs. As., Bs. As., 1989.
- Basterra, Marcela L. "Prohibición de la pildora del "día después"; un lamentable retroceso del principio de autonomía personal", en rev. "Derecho de Familia", N° 21, p. 198, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002.
- Belluscio, Augusto C. "La clonación humana frente al derecho", en rev. "Derecho de Familia", N° 15, p. 57, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999.
- Bergel, Salvador Dario "Notas sobre bioética y clonación humana reproductiva" en rev. "Derecho de Familia", N° 21, p. 9, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002; "Entre la dignidad y el mercado. Una sentencia objetable del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que toca aspectos de interés jurídico y bioético" ED 18/7/02; "El genoma humano y los límites del patentamiento" ED 154-912; y José María Cantú (organizadores) "Bioética y Genética II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética", Ciudad Argentina, Bs. As., 2000.
- Berger, Silvina "Aborto no punible" J.A. 1989-III-1014.
- Berger, Peter L./Luckmann, Tomás "La Construcción social de la realidad", Amorrortu Editores, Bs. As., 2001.
- Bidart Campos, Germán "¿Es razonable la limitación legal de la donación y el trasplante de órganos entre determinadas personas?" ED 135-384; "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" Tomo I-A, Ediar, Bs. As., 2000, Tomo I-B, Ediar, Bs. As., 2001; "El orden socioeconómico en la Constitución", Ediar, Bs. As., 1999; "El derecho a la personalidad jurídica y el derecho a la registración civil del nacimiento" ED 155-67; "La objeción de conciencia frente a tratamientos médicos", ED 153-254; "Conflicto de valores", ED 109-26; y "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico" LL 1997-F-145; y Daniel E. Herrendorf "La ablación de órganos de un insano" (¿Una opción entre vidas en conflicto?) nota a fallo ED 133-615; "Reflexiones sobre los derechos humanos y las obligaciones correlativas en el derecho constitucional" ED 124-883; "Familia y Derechos Humanos", en "El derecho de familia y los nuevos paradigmas", T.1, p. 29, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1999.
- Blanco, Luis Guillermo "Esterilización terapéutica de adultos capaces", E.D. 161-204; "Autonomía personal, esterilización electiva y planificación familiar" en Rev. "Derecho de Familia", p. 137, Abeledo Perrot, Bs.

- As., 1999; "Educación sexual y planificación familiar: su marco normativo constitucional", en rev. "Derecho de Familia", N° 11, p. 91, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997; "El "preembrión humano" (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias)", ED 155-583; "Bioética: Proyecciones y aplicaciones jurídicas" ED 158-932; "Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales", (comp.), Ed. Universidad, Bs. As., 2002.
- Braz Teixeira, "La justicia en el pensamiento contemporáneo" en Anuario de Filosofía jurídica y social, p. 267, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999.
- Bobbio, Norberto "Sociedad y Estado en la filosofía moderna", el modelo iusnaturalista y el modelo Hegeliano-Marxiano", Fondo de Cultura Económica, México, año 1996.
- Broekman, Jan M. "Definición y contexto legal de la bioética" JA 1998-IV-692.
- Bustamante Alsina, Jorge "Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el transplante cadavérico de órganos" LL 1994-E-1338; "La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo" LL 1991-B-363.
- Caló, Ernanele "Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad", Ediciones La Rocca, Bs. As., 2000.
- Camus, Albert "El mito de Sísifo", Losada, Bs. As., 1996.
- Caritas Argentina, Comisión Nacional "Pobreza, desigualdad y exclusión social en la Argentina", Bonum, Bs. As., 1999.
- Carnota, Walter F., "Una dimensión adicional de la libertad humana: el derecho de autonomía personal", ED 156-359; "El realismo jurídico y el derecho al nombre" JA 1996-III-329 nota a fallo.
- Cardinaux, Nancy "Aborto: Ley vs. Jurisprudencia", JA 1995-IV-965.
- Carranza Latrubesse, Gustavo "La influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno" JA 2002-I-952.
- Cifuentes, Santos "Estudio Jurídico privado sobre trasplantes de órganos humanos", ED 77-829; "El concepto de persona" ED 10-882; "Los derechos personalísimos en el Código Civil del Perú de 1984 (Breves comentarios críticos a una década de su sanción) ED 159-1123.
- Ciuro Caldani, Miguel Angel: "Derecho y Política", Depalma, 1976, Bs. As.; "Las conjeturas del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica", Fundación para las investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; "El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el

- Derecho Internacional Privado", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, n. 12, 2º época, p. 117 y ss., Noviembre 1977; "Compensación iusfilosófica de la equidad" ED 155-585.
- Colauti, Carlos C. "Los Tratados Internacionales y la reforma de la Constitución" LL 1994-D-1145; "Precisiones e imprecisiones en el caso 'Bahamondez'" LL 1994-B-785.
- Corti, Horacio G. "El régimen jurídico-constitucional de la Ley de Presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos humanos", en rev. "Derecho de Familia", N° 22, p. 17, Abeledo Perrot-Lexis Nexis, Bs. As., 2002.
- Cordoba, Marcos M. "Reproducción humana asistida" JA 1993-II-858.
- Creus, Carlos "El aborto en el sistema jurídico argentino" JA 2000-III-1042.
- Cuneo, Dario L. "Los testamentos de vida o living will y la voluntad de vivir dignamente" JA 1991-IV-666.
- Chomsky, Moam/Dieterich, Heinz "La sociedad global. Educación, mercado y democracia", Oficina de Publicaciones del CBC-Universidad de Buenos Aires, Ed. Univ. de La Plata, 1997.
- Dalla Torre, Giuseppe "Las leyes contra la vida: su significado jurídico-político" ED 168-1193.
- Darthes, Juan C. "Una despiada forma de morir" LL actualidad, 2/7/91.
- De Dios, Miguel A. "El derecho a la procreación en el marco de la fecundación asistida (Junior Lewis Davis vs. Mary Sue, Davis)" ED 153-900.
- Desimone, Guillermo P. "El concepto de muerte en la ley de transplante de órganos y el delito de homicidio" LL 1994-E-952.
- Díaz Muñoz, Oscar A. "Los trasplantes y la solidaridad", ED 147-992.
- Díez Picazo, Luis "Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. Notas para un debate posible", en "El derecho de Familia y los nuevos paradigmas", Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.), p. 17, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1999.
- Díez Ripollés, José L. "El derecho penal ante el sexo", Bosch, Barcelona, 1981.
- Donna, Edgardo A. "Derecho Penal. Parte Especial." T. I., Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 70.
- Eknekdjian, Miguel A. "Temas Constitucionales", La Ley, Bs. As., 1987.
- Espin Canovas, "La defensa post mortem de la vida reservada en la ley orgánica del 5 de mayo de 1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en rev. "Derecho de Familia", N° 1, p. 65, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989.

Fayt, Carlos S. "El nombre. El derecho de los padres a elegir el nombre de sus hijos", La Ley, Buenos Aires, 1996.

Fellini, Zulita "Comentario de los proyectos del Poder legislativo: Reforma del artículo 86 inciso 2° del Código Penal" en Rev. "Derecho de Familia", p. 65, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989.

Fernandez Segado, Francisco "La teoría de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional española" ED 156-761.

Fernandez Sessarego, Carlos "Derecho a la Identidad Personal", Astrea, Bs. As., 1992; "Consideraciones jurídicas sobre la muerte", en "Notarius", Revista del Colegio de Notarios de Lima, p. 161, 1990.

Foucault, Michel, "Las palabras y las cosas", siglo veintiuno editores, México, 1997; y otros "Espacios de poder", Ediciones Endymion, Madrid, 1991.

Foster, George M. "Antropología Aplicada", Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

Galimberti, Diana "La anticoncepción de emergencia", en rev. "Derecho de Familia", N° 21, p. 210, Lexis Nexis/Abeledo Perrot, Bs. As., 2002.

García Maañón-Basile "Aborto e infanticidio. Aspectos jurídicos y médicos-legales", Ed. Universidad, Bs. As., 1990.

Gherzi, Carlos A. "Responsabilidad por prestación médico asistencial", Hammurabi, Bs. As., 1987; "La postmodernidad jurídica", Ediciones Gowa, Bs. As., 2000; "Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación" (Coord.) Hammurabi, Bs. As., 1995; "Teoría general de la reparación de daños", Astrea, Bs. As., 1999; "Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos Personalísimos" (coord.), Abeledo Perrot, Bs. As., 1999; y Graciela Lovece "Derecho Constitucional a la Salud. Hospital Público. (la relación médico-paciente es extracontractual) JA 1998-II-347.

Gialdino, Rolando E. "El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ED 10/12/02

Gil Domínguez, Andres: ¿De que hablamos cuando hablamos de aborto? J.A.-1996-I-693; "Limites punitivos a la procreación asistida". JA. 1995-III-982; "El concepto constitucional de familia", en rev. "Derecho de Familia", N° 15, p. 31, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999.

Goldenberg, Isidoro H. "Persona y Derecho", JA 1994-III-855; y Lopez Cabana, Roberto M. "El silencio y la seguridad jurídica", JA 1993-III-895.

Gowland, Alberto Jorge "Transplante de organos y respeto a la vida". ED 149-900.

- Grossman, Cecilia (dir.) "Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad", Ed. Universidad, Bs. As., 1998; "Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia" LL 1993-B-1094.
- Heler, Mario "Individuos. Persistencia de una idea moderna", Editorial Biblos, Bs. As., 2000.
- Hernández, Héctor-MacMaly, Ana-Pedroche, Carlos "¿Y el derecho de los niños? (Desamparo de la vida del ser humano no nacido)", ED, Diario Especial de Filosofía del Derecho, 14/05/01.
- Highton, Elena I. y Lambois, Susana E. "¿Quién dispone de nuestros cuerpos cuando morimos?" E.D. 136-97
- Hitters, Juan Carlos "La Declaración Universal de los Derechos Humanos (a más de 40 años de su puesta en marcha" ED 132-901.
- Honnefelder, Ludger (Universidad de Bonn) "Naturaleza y status del embrión. Aspectos Filosóficos", Ponencia leída en el III Simposio de Bioética: Reproducción médico-asistida y protección del embrión humano. Estrasburgo, 15-18 diciembre 1996. (traducción: José M. Barrio Maestre y Ricardo Barrio Moreno)
- Hooft, Pedro Federico "Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos", Depalma, Bs. As., 1999; "Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: la protección de la vida humana naciente" ED 124-685; "Bioética y Derecho" ED 132-877.
- Hottois, Gilbert "Reflexiones para una metodología sobre la discusión bioética", en Núm, Esp. JA "Bioética" 2da parte, 19/12/01 p. 2.
- Iñigo, Delia "Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas", en rev. "Derecho de Familia", N° 2, p. 53, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989; "Esterilización en caso de personas incapaces por causa de enfermedad o deficiencia mental. Supuestos y consentimiento válido". ED-139-837.
- Jakobs, Gunter, "¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?" Conferencia inédita dictada en Mendoza, agosto de 2000.
- Jelin, Elizabeth "Pan y Afectos", Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 1998.
- Katz, J. y colab. "El sector salud en la República Argentina: su estructura y comportamiento", Fondo de Cultura Económica, Ed. N° 1, Bs. As., 1993.
- Kernelmajer de Carlucci, Aida: "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1, "Daños a la persona", p. 69, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998; "Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano", ED 153-928; "Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas" JA 1994-IV-735; "El derecho

constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Der. Priv. y Com. "Derecho Privado en la reforma constitucional", p. 157, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1996.

Lopez Olaciregui, José M. "Y en la hora de nuestra muerte" JA 1969-IV-353.

Lorenzetti, Ricardo L. "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema LL 1993-D-673, "El derecho privado como protección del individuo particular" en rev. Der. Priv. y Com. "Derecho Privado en la reforma constitucional", p. 54, Rubinzal Culzoni, 1996, "Derecho a rechazar tratamientos médicos y derecho a morir en la reforma del Código Civil" JA 1994-II-844.

Losing, Norbert "¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo" en "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas" Aída Kemelmajer de Carlucci (Coord.), p. 115, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1999.

Lloveras, Nora "La identidad personal: lo dinámico y lo estático en los derechos del niño", en rev. "Derecho de Familia", N° 13, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998.

Maas, Noel "Ficciones y realidades en el tema del aborto", JA 1993-I-754; y Danielian, Miguel "El derecho a morir con dignidad", ED 89-855

Maliandi, Ricardo "Derechos humanos y Conflictividad", p. 43, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Abeledo Perrot, Bs. As., 1992; "El platonismo axiológico de Nicolai Hartmann y sus posibles aportes para una ética convergente", en Anuario de Filosofía jurídica y social, p. 93, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999.

Malicki, Analía, "El cadáver. Actos dispositivos", en temas de Derecho Civil. Parte general, dir. por Julio César Rivera, t. 11, ps. 111 y ss., en particular n° 7 y ss.

Martínez Barrera, Jorge "Los dilemas morales de la clonación" ED rev. 6/3/98.

Massini, Correas, Carlos I. "Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos", Abeledo Perrot, Bs. As., 2001; "El derecho natural y sus dimensiones actuales", Ed. Abaco, Bs. As., 1998; "El derecho a la vida como derecho humano" ED 175-802; "Iusnaturalismo y derechos humanos" ED 124-753.

Mattozzo de Romualdi, Liliana A., "Eutanasia ¿buen morir...? ¿buen matar...? Buen control" ED 168-1206.

Medina, Graciela, "Excelente fallo bioético que protege el derecho a la libertad sexual fijando límites y responsabilidades. (Libertad de contracepción de una madre soltera mayor de 18 años)" JA 2002-I-553; "El interés superior del niño y la adopción por homosexuales", en rev. "Derecho de Familia", N° 17, p. 71,

Abeledo Perrot, Bs. As., 2000; "Cuestiones jurídicas que suscita el genoma humano, en especial su patentamiento" LL 1994-B-790.

Mémeteau, Gérard (Profesor de la Facultad de Derecho de Poitiers) "Bioética y Objeción de Conciencia" en el marco del curso de Post-grado en Derecho de Familia, realizado en San Salvador de Jujuy, los años 2000 y 2001, con la organización de la Universidad del Salvador.

Mendez Costa, María Josefa "El niño y sus padres en el proyecto de 1998", rev. "Derecho de Familia", N° 18, p. 23, Abeledo Perrot-Lexis Nexis, Bs. As., 2001

Minujin, Alberto (editor) "Desigualdad y exclusión. Desafíos para la política social en la Argentina de fin de siglo", Unicef/Losada, Bs. As., 1993.

Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", Astrea, Bs. As., 2001.

Montoya, Mario D., "El derecho constitucional a morir. Principios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el "caso Cruzan", LL actualidad, 25/10/90.

Morello, Augusto M./Vallefin Carlos A. "El Amparo. Régimen Procesal", Librería Editora Platense, Avellaneda, 1997; "El Amparo despues de la Reforma Constitucional", en Rev. de Der. Priv. y Com. "Derecho Privado en la reforma constitucional", p. 221, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1996; "La vida humana y su valor" LL 1994-C-1997; y Lon, Félix R. "El caso Portillo (La objeción de conciencia y su necesaria reglamentación por ley) JA 1989-II-669.

Moretti, Jean-Marie/de Dinechin, Olivier "El desafío genético", Editorial Herder, Barcelona, 1985.

Mosset Iturraspe, Jorge, "El daño fundado en la dimensión del Hombre en su concreta realidad", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1, "Daños a la Persona", p. 9 Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992; "Los nuevos derechos ¿meras declaraciones o derechos operativos?" en rev. de Der. Privado y Comunitario, "Derecho Privado en la reforma constitucional", p. 87, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1994.

Niño, Luis F., "Significación jurídica de la ayuda al suicidio: El caso Sampedro", JA 1998-IV-713; "Eutanasia Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales", Ed. Universidad, Bs. As., 1994; "Los principios de la bioética de cara a los derechos del paciente en fase terminal y de sus familiares", Rev. "Derecho de Familia", N° 21, p. 113, Abeledo Perrot-Lexis Nexis, 2002.

Nogueira Alcalá, Humberto "El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno" LL 17/12/97.

Núñez, Javier F. "La protección de los microorganismos en la argentina de patentes" JA 2002-I-1089.

- Onfray, Michel "Política del rebelde. Tratado de la resistencia y la insumisión", Libros Perfil, Bs. As., 1999.
- Palma Buñill, Jorge A. "Manual de moral fundamental", Ed. Abaco, Bs. As., 1999.
- Parma, Carlos "El pensamiento de Gunter Jakobs. El derecho penal del siglo XXI", Ediciones jurídicas Cuyo, Sgo de Chile, 2001.
- Perez Vargas, Victor "Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona", en "El derecho de familia y los nuevos paradigmas" Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.), p. 233, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 2000.
- Peyrano, Jorge W. (director) "Medidas Autosatisfactivas", Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 2001.
- Podestá, Andrea I/ Saenz, Maria J. "Algo más sobre el derecho a la identidad" LL 1995-A-377.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato "Los derechos humanos como derechos "anteriores" o "preexistentes": un examen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" ED 175-816.
- Ramos, Rodolfo, "Fecundación Asistida y Derecho", Editorial Juris, Rosario, 1992.
- Reale, Miguel "Teoría del conocimiento y teoría de la cultura", en Anuario de Filosofía jurídica y social, p. 179, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999.
- Relaciones de Género y exclusión en la Argentina de los 90 ¿el orden del desorden y el desorden del orden? Primeras Jornadas, Bs. As., octubre de 1996, Espacio Editorial, Bs. As., 1998.
- Rinesi, Antonio J. "La nueva visión del comienzo del vida" LL 1994-E-1214.
- Rivarola, Guillermo (h), "La píldora del día después ¿anticonceptiva o abortiva?", ED, Diario Especial de Derecho Penal y Política Criminal, 6/10/00.
- Rivera, Julio César "Actos de disposición de los derechos de la personalidad: actuación por los representantes legales" Revista de Der. Priv. y Com., N° 6 "Representación", p. 89, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996; "Derecho Civil. Parte General" (temas), Abeledo Perrot, Bs. As., 1987; "El derecho Privado Constitucional" en Rev. Der. Priv. y Com., "Derecho Privado en la Reforma Constitucional", N° 7, p. 27, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1996; y Córdoba, Carlos D. "Derecho a la Identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes", ED 158-462.
- Roca Trias, Encarna "Derechos Humanos y Derecho de Familia en "El derecho de familia y los nuevos Paradigmas", tomo I, p. 45, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1999.

- Rodriguez Varela, Alberto, "Vicisitudes del derecho a nacer", L.L. 1990-B-777; y otros "El derecho a nacer", Abeledo Perrot, Bs. As., 1993; "La vida y la muerte frente al derecho", ED 155-560.
- Rufino, Marco A., "Nombre", Reseña JA 1988-IV-1031.
- Sagues, Néstor P. "¿Derecho constitucional a no curarse?" LL 1993-D-126.
- Sameck Martinez, Pablo "Apuntes para una Sociología Crítica", Eudeba, Bs. As., 2001.
- Sass, Hans Martin, "Muerte Cerebral y vida cerebral, una solución éticamente aceptable para la problemática del aborto", en "Revista Quirón", vol. 22, n° 3, 1991.
- Segovia, Juan Fernando "Los derechos humanos en el nuevo constitucionalismo" ED 140-937.
- Silva Ruiz, "Manipulación de embriones humanos" en rev. "Derecho de Familia", N° 7, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992.
- Silva Sanchez, Jesús Maria, "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Bosch, Barcelona, 1992.
- Schotsmans, Paul "El debate de la Eutanasia en Bélgica", JA 1998-IV-732.
- Sommer, Susana E., "De la cigüeña a la probeta", Planeta, Bs. As., 1994.
- Sproviero, Juan H. "El aborto. Concepción criminalista del aborto", Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Bs. As., 1985.
- Sorokin, Patricia (coord) "Bioética: entre utopías y desarraigos", Ad-Hoc, Bs. As., 2002.
- Sosa, Gualberto L. "El régimen internacional de la filiación y las nuevas técnicas genéticas" JA 1989-III-846.
- Soto Lamadrid, Miguel Angel "Biogenética, Filiación y Delito", Astrea, Bs. As., 1990.
- Tabernerero, Rodolfo M. "La problemática del aborto en la legislación argentina" JA 1988-I-823.
- Taraborrelli, Jose M/Bianchi, Lidia N. "El derecho a la identidad y el derecho a conocer el destino del componente genético frente a la inseminación heteróloga. Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación" JA 1994-II-876.
- Terán Lomás, Roberto A. M., "El aborto de la mujer víctima de violación" JA 29-1975-453.
- Toursaine, Alain "¿Qué es la democracia?", Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 1998; "Crítica de la modernidad", Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 1995; "Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia", Fondo de Cultura Económica, Brasil, 1998.
- Tinant, Eduardo L. "Anencefalia, tecnociencia y autorización judicial de terapia límite", JA 2001-IV-430.

- Urioste Braga, Fernando "Responsabilidad internacional de los estados en los derechos humanos", Euros-Editores, Bs. As., 2002.
- Tobias, Jose W., "Fin de la existencia de las personas físicas", Astrea, Bs. As., 1988.
- Vernengo, Roberto J. "El Análisis formal de los derechos humanos y de su fundamentación", en "Anuario de Filosofía jurídica y social", p. 55, Abeledo Perrot, Bs. As. 1992.
- Velazco, José R. "Inseminación artificial: aspectos a tener en cuenta para una futura legislación" JA 1993-IV-729.
- Villafañe de, Celilia B., Roberto Thompson y Cardinali Agustina "Justicia versus medicina ética: un falso dilema,"Doctrina Judicial", rev. 29/5/02
- Vidal, Marciano "Estudios de bioética racional", Tecnos, Madrid, 1989.
- Vidal Martinez, Jaime "La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos. (Introducción, panorama general, y referencia específica a los derechos argentino y español" LL 1986-D-1013.
- Vidal Taquini, Carlos H. "Ablación de órganos por menores de edad" LL 1980-D-435; "Ablación de órganos y concubinato" LL 1991-B-290.
- Villalba, Carlos A., "La investigación científica y el respeto de la personalidad" LL 1994-D-148.
- Weingarten, Celia y Gherzi, Carlos A. "Amparo: plan médico obligatorio (P.M.O.) JA 2001-IV-574; "Deber de informar y secreto profesional en el sida" JA 1992-III-876
- Waignmaster, Adriana M. "Maternidad subrogada", en rev. "Derecho de Familia", N° 3, p. 19, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990.
- Yungano, Arturo Ricardo "La Ley 21541 de transplantes de órganos humanos" ED 76-669.
- Zannoni, Eduardo A. "Derecho de Familia" tomos I y II, Astrea, Bs. As., 1998.
- Zavala de Gonzalez, Matilde, "Aborto, persona por nacer y derecho a la vida", L.L. t. 1983-D-1126; "Daños derivados de la muerte del hijo concebido" JA 1989-III-824.
- Zuccherino, Ricardo Miguel "El Sida frente al derecho y la humanidad. El caso "Maldonado Quiroga", Depalma, Bs. As., 1992.

INTERNET

Derecho y Vida. Ius et Vita. Universidad Externado de Colombia: Centro de Estudios sobre Genética y Derecho. "Una polémica sentencia sobre acuerdos de Gestación sustitutiva" (resumen de los Comentarios de Francesco Busnelli y Moriele Sesta sobre la decisión del juez Schettini publicados en "Diexi lesioni di diritto civile", dirigida por Giovanina Visintini).

<http://www.ueexternado.edu.co/derechoyvida/xv/xv.html>

Una Larga Polémica. Rimaweb: La Cámara de Diputados aprobó Ley de salud sexual argentina.
<http://www.rimaweb.com.ar/derechos/salsex.html>

Comisiones de Acción Social y Salud Pública, de Familia, Mujer y Minoridad y de Presupuesto y Hacienda. RIMAweb: Programa de salud sexual y Reproductiva. Proyecto. <http://www.rimaweb.com.ar/biblio-legal/proyectos/salud-reproductiva-nac.html>.

La clonación con miras a la reproducción de seres humanos: cuestiones éticas.
<http://firewall.unesco.org/opi/esp/bio98/>

Clonación Humana terapéutica. <http://www.ecoportal.com.ar/noti/notas590.htm>

Jordan Villacampa, Luisa "Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos" en Revista de Derecho, Universidad de Valencia, Noviembre 2002. <http://www.uv.es/~dret/nuevo/revistafac/ljordan.htm>.

León Correa, Francisco Javier (Director del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia) "La ética de la vida en la sociedad actual"

<http://www.bioeticaweb.com/Fundamentación/LEON-la-etica-de-la-vida-en-la-sociedad.htm>

Barrio Maestre José María "La ética de la decisión o la vuelta de prometeo" (Profesor de Filosofía Universidad Complutense de Madrid).

<http://www.bioeticaweb.com/Fundamentación/la-etica-de-la-decision.htm>

Proyecto de Ley Nacional sobre la Despenalización del Aborto. RIMAweb: Proyecto despenalización del aborto, año 2002

<http://www.rimaweb.com.ar/biblio-legal/proyectos/aborto-despenalización.html>